

Processo n.º 242/2001

Data do acórdão: 2002-06-20

(Recurso penal)

Assuntos:

- Âmbito da decisão da causa
- Não conhecimento oficioso dos vícios do art.º 400.º, n.º 2, do CPP
- Inaplicabilidade do art.º 650.º do CPC ao processo penal
- Insuficiência para a decisão da matéria de facto provada
- Falta de realização de diligências de investigação quanto à acusação
- Crime de tráfico de droga
- Crime de perigo abstracto ou presumido
- Tráfico de comprimidos com MDMA no interior
- Art.º 9.º do DL n.º 5/91/M
- Livre convicção do julgador quanto à “quantidade diminuta”
- *Nullum crimen nulla poena sine lege*
- Reserva da lei na delimitação dos comportamentos puníveis
- Art.º 355.º, n.º 2, do CPP
- Homem de confiança
- Método proibido de prova
- Alteração não substancial dos factos descritos na acusação
- Medida da pena
- Princípio da proibição de dupla valoração
- Art.º 65.º, n.º 2, do CP
- Princípio da proibição de *reformatio in pejus*
- Guarda da PSP para efeitos da al. d) do art.º 10.º do DL n.º 5/91/M
- Dever geral de disponibilidade do militarizado

SUMÁRIO

1. O tribunal *ad quem* só vai resolver as questões concretamente postas pelo recorrente e delimitadas pelas conclusões da sua motivação de recurso, transitando em julgado as questões nelas não contidas.

2. Quando as partes põem ao tribunal determinada questão, socorrem-se, a cada passo, de várias razões ou fundamentos para fazer valer o seu ponto de vista; o que importa é que o tribunal decida a questão posta; não lhe incumbe apreciar todos os fundamentos ou razões em que elas se apoiam para sustentar a sua pretensão.

3. Os três vícios previstos no n.º 2 do art.º 400.º do CPP, possibilitadores da reapreciação pelo tribunal *ad quem* da matéria de facto julgada pelo tribunal *a quo*, não são de conhecimento officioso mesmo que o recurso se encontre limitado à matéria de direito.

4. Pois, a clara redacção do n.º 2 do art.º 400.º, conjugada com o disposto nos art.ºs 402.º, n.ºs 1 e 3, e 415.º, n.º 1, e o seu confronto com o art.º 393.º, n.ºs 1 e 2, todos do CPP, apontam no sentido de os vícios em causa só poderem justificar o reenvio do processo (art.º 418.º, n.º 1, do CPP) quando sejam invocados “como fundamentos do recurso”; e isso estará em sintonia com a *mens legislatoris*, enquanto se atribui aos sujeitos processuais, como recorrentes, uma inequívoca co-responsabilidade no bom e rápido êxito

final da causa, nomeadamente consentindo-se-lhes a limitação do recurso nos amplos termos do art.º 393.º do CPP e impondo-se-lhes apertadas regras na motivação, que, além do mais, terá de enunciar especificamente os fundamentos do recurso e formular conclusões de acordo com o art.º 402.º, n.ºs 1 e 2, do CPP.

5. Assim, não é de invocar o disposto no n.º 3 do art.º 393.º do CPP em favor da tese de conhecimento officioso dos vícios do n.º 2 do art.º 400.º do CPP, porque a restrição ali cominada aos limites do recurso pressupõe a “procedência” dele, enquanto o eventual conhecimento officioso dos vícios previstos no art.º 400.º, n.º 2, com a subsequente determinação do reenvio do processo, implicará, necessariamente, que se não conheça do objecto do recurso. Como nem é decisiva a invocação do art.º 418.º, n.º 1, do CPP, uma vez que ele apenas visa esclarecer os efeitos dos vícios do n.º 2 do art.º 400.º do CPP, naturalmente quando destes se conheça por servirem de fundamento ao recurso nos termos do art.º 400.º, n.º 2, do CPP.

6. É inaplicável, a título subsidiário, o art.º 650.º do Código de Processo Civil de Macau aos eventuais casos de verificação dos vícios previstos no n.º 2 do art.º 400.º do CPP, dada a auto-suficiência do processo penal nesta matéria relativa aos mesmos três vícios.

7. Só há insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, quando se verifica uma lacuna no apuramento desta matéria que impede a decisão de direito ou quando se puder concluir que sem ela não é possível

chegar-se à conclusão de direito encontrada. Não tem, pois, a ver com a mera insuficiência de prova.

8. O vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, tal como os restantes dois vícios de contradição insanável da fundamentação e de erro notório na apreciação da prova, tem que decorrer da própria decisão recorrida, sem recurso a quaisquer elementos que lhe sejam externos, e há-de ser tão notoriamente evidente que não passe despercebido ao comum dos observadores, isto é, que o homem médio facilmente dê conta dele.

9. Não se verifica o vício de insuficiência da matéria de facto quando os invocados factos a provar não constam da acusação ou de pronúncia, se a tiver havido, nem foram alegados pela defesa nem decorreram da discussão da causa.

10. Na verdade, a falta de realização de diligências de investigação quanto a acusação, a defesa ou a discussão da causa pelo tribunal *a quo* não pode conduzir à insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, visto que essa insuficiência de realização de diligências resulta, não do texto da decisão recorrida, mas deveria ter sido detectada durante o julgamento, com requerimento ao tribunal para que tais diligências fossem realizadas.

11. O bem jurídico que se procura proteger no tipo de crime de tráfico previsto nos seus termos fundamentais no art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M é, consabidamente, a saúde pública, na dupla vertente física e moral,

isto independentemente da análise e interpretação a fazer à Lei n.º 6/96/M, de 15 de Julho, e ao art.º 269.º do Código Penal de Macau.

12. Assim, o crime de tráfico de droga é um crime de perigo abstracto ou presumido, para cuja consumação não se exige a existência de um dano real e efectivo, mas sim basta a simples criação de perigo ou risco de dano para o bem protegido.

13. Por isso, no crime de tráfico de droga, atendendo ao fim que a lei penal quer dar protecção, está em causa não só a droga concretamente apreendida num determinado processo, mas também a quantidade de droga que durante uma determinada época foi traficada pelo agente.

14. A moldura penal correspondente ao crime de tráfico do n.º 1 do art.º 8.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, é modificada no sentido de atenuação, se os actos aí referidos tiverem por objecto quantidades diminutas de substâncias ou preparados compreendidos nas tabelas I a III, conforme a norma do n.º 1 do art.º 9.º do mesmo Decreto-Lei.

15. O preceito do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M não exige peremptoriamente, para a aplicação do seu n.º 3, a determinação da quantidade da substância ou preparado em causa em termos do peso líquido da substância pura ou da substância pura contida no preparado, para qualquer situação concreta que seja, dado que para os efeitos eventualmente a resultar do seu n.º 1, há que atender necessariamente às circunstâncias em que é

consumida a droga considerada, daí, aliás, precisamente o espírito do disposto no seu n.º 5, ao abrigo do qual a concretização da quantidade diminuta para cada uma das substâncias e produtos mais correntes no tráfico para efeitos do disposto no mesmo art.º 9.º será apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente.

16. Assim, como critério da aplicação do n.º 3 do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M com relevância para a aplicabilidade do tipo privilegiado do crime de tráfico de quantidades diminutas, se a substância em causa for contida em comprimido, pílula ou até cápsula, ou for misturada aí com outras substâncias ou impurezas, só é de considerar o número dos comprimidos, pílulas ou cápsulas que contêm a substância em questão, sem necessidade do apuramento da quantidade líquida dela contida em cada um desses comprimidos, pílulas ou cápsulas.

17. E a adopção deste critério para casos de substância contida ou misturada no interior de comprimido, pílula ou cápsula não conduz à violação do princípio da legalidade em matéria criminal na sua vertente de *nullum crimen nulla poena sine lege*, visto que é o espírito ínsito no próprio preceito do n.º 5 do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M que permite formar um juízo de valor acerca da verificação ou não de quantidade diminuta, com base na livre convicção da entidade competente e segundo as regras da experiência, por um lado, e, por outro, é também a própria norma do n.º 3.º do mesmo art.º 9.º que remeta para a consideração da “quantidade total das substâncias ou preparados encontrados na disponibilidade do agente”, preceito este que sob

a égide de uma interpretação necessariamente declarativa, compreende também a hipótese da consideração da “quantidade total dos preparados da substância em causa”, e já não a hipótese de consideração da “quantidade total *apenas* da substância em causa”, a resultar eventualmente de uma interpretação restritiva se não mesmo algo correctiva, não legitimada, da mesma norma.

18. O conceito de *preparado* do n.º 3 do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M pode abranger o produto resultante da preparação da substância através da sintetização ou de mistura da mesma com outras substâncias ou impurezas, quer este produto ou preparação seja de fabricação autorizada, quer seja de laboração clandestina.

19. Ao aplicar, em especial, a norma do n.º 3 do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, o foco não deve incidir sobre o termo “substâncias”, mas sim também sobre o termo “preparados” das substâncias em causa.

20. Ao definir a “quantidade diminuta” para cada tipo de substância ou preparado em consideração, não se pode olhar demasiadamente à sua quantidade letal, mas sim mais propriamente à “quantidade que não excede o necessário para consumo individual durante três dias”, como diz expressamente a lei.

21. Não se tendo provado quais as quantidades de droga consumidas pelo agente e se o fazia todos os dias, haverá que aferir as suas necessidades

de consumo pelas da generalidade dos consumidores nas suas condições.

22. Assim sendo, pode um arguido ser condenado, desde já, como autor material, na forma consumada, de um crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, com base no facto comprovado de ter ele “traficado” durante uma dada época em causa 1,088 gramas líquidos de Cannabis e pelo menos 29 comprimidos comprovadamente com MDMA no seu interior, mesmo sem ter apurado previamente e ao certo qual a quantidade líquida da substância pura de MDMA contida no interior de cada um desses comprimidos, posto que não é pensável, à luz da livre convicção formada e segundo as regras da experiência, que uma pessoa do tipo de homem médio colocada na situação concreta da generalidade dos consumidores dos comprimidos de MDMA (i.e., participantes de “*rave party*” ou frequentadores de “*night-club*” e “*bar*” ou mesmo de festas ou convívios em privado), precise de consumir, durante três dias, 29 comprimidos com MDMA no seu interior.

23. Por maioria da razão, mesmo somente para efeitos de uma correcta medida da pena a impor ao agente de um crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, por ter comprovadamente traficado, por exemplo, uma quantidade já apurada de marijuana superior à considerada como de “quantidade diminuta”, e também um certo número de comprimidos comprovadamente com substância de MDMA no seu interior mas sem saber da quantidade exacta da mesma MDMA, não é de reenviar o processo para novo julgamento, com fundamento na verificação do vício de insuficiência

para a decisão da matéria de facto provada respeitante à quantidade líquida da substância pura de MDMA.

24. O juiz não precisa de fazer a prova da verdade das razões de ciência em que se fundou nomeadamente a formação da sua livre convicção na apreciação da prova nos termos do art.º 114.º do CPP, convicção esta que só é sindicável no caso de erro manifesto por contrariar às regras de experiência na normalidade das situações da vida humana ou até *legis artis* vigentes nos trabalhos jurisdicionais.

25. À luz do princípio da legalidade em matéria criminal, numa das suas vertentes *nullum crimen nulla poena sine lege*, tornam-se ilegítimas as normas penais em branco no seu sentido próprio ou técnico, em que a delimitação dos comportamentos puníveis apenas se completa através da remissão para uma disposição de grau ou nível inferior (v. g., um regulamento), com violação da proibição de intervenção normativa de regulamentos, não podendo a lei cometer-lhe tal competência, pois a reserva da lei impede normas penais em branco com as inerentes consequências da proibição da analogia incriminadora e da definição do ilícito criminal por simples regulamentos.

26. No tocante à interpretação da primeira parte do n.º 2 do art.º 355.º do CPP por força da qual ao relatório da sentença se segue a fundamentação, que consta nomeadamente da enumeração dos factos provados e não provados, é de defender que se através de um exercício como que matemático,

por exemplo, mediante o método de “exclusão das partes”, se conseguir saber quais os factos provados e quais o não são, então se deverá dar por satisfeita a exigência daquela norma, não sendo obrigatoriamente necessária, embora recomendável, uma enumeração, no sentido de indicar um por um especificadamente, os factos provados e os não provados.

27. Entretanto, se nem sequer tiver havido na parte de fundamentação da sentença, enumeração genérica alguma de factos não provados, o desfecho já será inexoravelmente o da nulidade insanável da sentença, nos termos do art.º 360.º, al. a), do CPP.

28. Não se pode, pois, defender unidireccional e aprioristicamente a enumeração especificada de factos não provados, sob pena de se mostrar excessivamente sacrificada a substância em prol da forma. Isto porque a declaração pelo tribunal *ad quem* de nulidade de uma sentença com fundamento único na falta de enumeração especificada de factos não provados, apesar da existência de uma indicação genérica dos mesmos, irá, por força do art.º 109.º do CPP, acarretar efeitos algo nefastos para a celeridade da justiça material: tornada inválida a sentença, há que repetir pelo tribunal *a quo* a prolação da mesma, com eventual realização de nova audiência de julgamento, com re-produção de toda a prova (inclusivamente da prova testemunhal, havendo-a), se desde a data da sentença declarada nula pelo tribunal *ad quem* até à prolação de nova sentença pelo tribunal *a quo* se

tiver medeado mais do que trinta dias, por aplicação analógica da norma vertida no n.º 6 do art.º 309.º do CPP.

29. O art.º 355.º, n.º 2, do CPP não exige obrigatoriamente a exposição do *iter* percorrido pelo julgador para a formação da sua convicção quanto à matéria de facto, mas sim tão-só a “indicação das provas que serviram para formar a convicção do tribunal”, à luz necessariamente do princípio da livre apreciação da prova plasmado no art.º 114.º do CPP.

30. E se bem que a inobservância do n.º 1 do art.º 356.º do CPP, isoladamente considerado, constitua quiçá uma mera irregularidade processual, sanável se não arguida tempestivamente, tudo em conformidade com o estatuído nos art.ºs 105.º, n.ºs 1 e 2, 106.º, 107.º (estes dois, *a contrario sensu*) e 110.º, todos do mesmo diploma, há que reconhecer que a especificação dos “fundamentos que presidiram à escolha e à medida da sanção aplicada” a que alude a parte inicial desse n.º 1 do art.º 356.º, se reconduz, ao fim e ao cabo, à categoria de “motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão” a que se refere na norma do n.º 2 do seu precedente art.º 355.º, pelo que a não especificação daqueles “fundamentos que presidiram à escolha e à medida da sanção aplicada” configura uma causa de nulidade da sentença, atento o previsto no art.º 360.º, al. a), do mesmo diploma.

31. A figura de “homem de confiança”, no seu contexto extensivo, abrange todas as testemunhas que colaboram com as instâncias formais da

perseguição penal, tendo como contrapartida a promessa da confidencialidade da sua identidade e actividade. Cabem aqui tanto os particulares (pertencentes ou não ao submundo da criminalidade) como os agentes das instâncias formais, nomeadamente da polícia (*Untergrundfahnder, under cover agente, agentes encobertos ou infiltrados*), que disfarçadamente se introduzem naquele submundo ou com ele entram em contacto; e quer se limitem à recolha de informações (*Polizeispitzel, detection*), quer vão ao ponto de provocar eles próprios a prática do crime (*polizeiliche Lockspitzel, agent provocateur, entrapment*).

32. Como ponto de partida, o recurso ao homem de confiança configurará normalmente um meio enganoso. Entretanto, isto não significa que o recurso ao homem de confiança esteja, sempre e sem mais, a coberto de proibição de prova, nos termos do art.º 113.º, n.º 1, al. a), do CPP, por um lado, e, por outro, e em todo o caso, e por princípio, apenas deverão ter-se como proibidos os meios enganosos susceptíveis de colocar o arguido numa situação de coacção idêntica à dos demais métodos proibidos de prova.

33. É, assim, de sustentar a inadmissibilidade da intervenção do homem de confiança com propósitos e para fins unicamente repressivos, isto é, exclusivamente preordenada à repressão de crimes já consumados, em homenagem nomeadamente à ideia duma administração eficaz da justiça penal. Mas, já é admissível a intervenção do homem de confiança sempre que se pretende através dela prosseguir finalidades exclusiva ou prevalentemente preventivas, pelo menos em relação a perigos concretos e imediatos de

atentado contra a vida ou a perigo correspondente de sacrificio grave da integridade física de terceiros. Será, concretamente, assim sempre que a perseguição de eventuais agentes, lograda através do homem de confiança, se integre em programas de repressão e desmantelamento do terrorismo, da criminalidade violenta ou altamente organizada, por exemplo.

34. Tradicionalmente, verifica-se “excesso de pronúncia” como uma das causas de nulidade da sentença, quando o tribunal decidiu questão de que não deveria ou não poderia conhecer.

35. O CPP prevê, no seu art.º 360.º, al. b), que é nula a sentença que condenar por factos não descritos na pronúncia ou, se a não tiver havido, na acusação ou acusações, fora dos casos e das condições previstos nos artigos 339.º e 340.º.

36. Se um determinado facto dado por assente pelo tribunal *a quo* mas não descrito inicialmente na acusação, não for *com relevo* para a decisão condenatória do arguido na vertente da sua culpabilidade, não se poder falar da existência de uma “alteração não substancial dos factos descritos na acusação” nos termos do art.º 339.º, n.º 1, do CPP.

37. A medida da pena resulta de uma valoração global e crítica, a ser feita pelo julgador no uso do seu prudente e sensato critério, nomeadamente, de todo um conjunto de circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime verificado, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando

nomeadamente os factores exemplificados no n.º 2 do art.º 65.º do CP, preceito este que traduz nomeadamente a ideia do princípio da proibição de dupla valoração na medida da pena.

38. O arguido então recorrente na lide recursória donde resultou a decisão invalidadora da decisão anterior, não pode invocar o princípio da proibição de *reformatio in pejus* do art.º 399.º do CPP na instância *a quo* renovada na sequência dessa invalidação.

39. A um arguido que era guarda da Polícia de Segurança Pública à data da prática dos factos ilícitos pelos quais vinha condenado como autor material, na forma consumada, de um crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, é, indubitavelmente, aplicável a circunstância da al. d) do art.º 10.º do mesmo diploma, por causa do dever geral de disponibilidade inerente a qualquer guarda daquela Corporação como um militarizado, por estar efectiva e permanentemente incumbido, mesmo fora das horas de serviço ou do exercício formal das suas funções, de tomar imediatamente todas as providências para evitar a preparação ou consumação de algum crime mesmo fora da sua área de responsabilidade ou para descobrir os seus autores, até que o serviço seja assegurado pela autoridade ou agentes competentes.

40. A própria lei não distingue se o agente referido na al. d) do art.º 10.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M deve ser incumbido *especialmente* da prevenção ou repressão das infracções em causa, ou tão só *em geral*, pelo que ao

proceder à interpretação e aplicação desta norma, há que observar o cânone de interpretação da lei de que quando a lei não distingue, também o intérprete-aplicador não deve distinguir.

41. A agravação nos termos do art.º 10.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M só se aplica às molduras penais correspondentes aos crimes previstos nos art.ºs 8.º e 9.º do mesmo diploma, e já não a outros tipos legais previstos em outros preceitos incriminadores do mesmo Decreto-Lei, sob pena da violação do rigoroso princípio de que *nulla poena sine lege*, logicamente aplicável também ao caso da agravação da moldura penal de um dado tipo legal de crime sem autorização pela lei.

O relator por vencimento,

Chan Kuong Seng

Processo n.º 242/2001
(Recurso penal)

Recorrentes: A

B

C

Tribunal recorrido: 6.º Juízo do Tribunal Judicial de Base.

**ACORDAM NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA
REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU**

I. RELATÓRIO

1. Após acusados pelo Ministério Público no âmbito do Inquérito n.º 3140/2000(1190/00.8PJIMA), conforme a acusação pública originalmente escrita em chinês a fls. 493 a 495v e rectificada a fls. 504 (com tradução a fls. 505 a 509):

- 1.º) **B**;
- 2.º) **C** (nota: e não C¹ – cfr. a romanização deste nome constante do BIRM do arguido a fls. dos autos, e a romanização usada na procuração forense de fls. 115);
- 3.º) **A**, cada um destes três como co-autor material, na forma consumada, de um crime de tráfico, p. e p. pelo art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, com a agravação pela circunstância da al. g) do art.º 10.º do mesmo diploma em relação a todos os três, e pelas circunstâncias das al. a) e d) do mesmo art.º 10.º no respeitante a B, e com a circunstância do art.º 66.º, n.º 2, al. f), do Código Penal de Macau (CP) no tocante a A;
- 4.º) **D**, como autor material, na forma consumada, de um crime de consumo, p. e p. pelo art.º 23.º, al. a), do Decreto-Lei n.º 5/91/M, e de um crime de acolhimento, p. e p. pelos art.ºs 8.º, n.º 1, e 15.º do Decreto-Lei n.º 2/90/M;
- 5.º) **E**, como autor material, na forma consumada, de um crime de tráfico de quantidades diminutas, p. e p. pelo art.º 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, com a atenuação pela circunstância do n.º 2 do art.º 18.º do mesmo Decreto-Lei, e de um crime de consumo, p. e p. pelo art.º 23.º, al. a), do idêntico Decreto-Lei;
- 6.º) **F**, como autor material, na forma consumada, de um crime de consumo, p. e p. pelo art.º 23.º, al. a), do Decreto-Lei n.º 5/91/M;
- 7.º) **G**, como autor material, na forma consumada, de um crime

de consumo, p. e p. pelo art.º 23.º, al. a), do Decreto-Lei n.º 5/91/M;

- e 8.º) **H**, como autor material, na forma consumada, de um crime de tráfico de quantidades diminutas, p. e p. pelo art.º 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M;

Acabaram todos estes oito arguidos (já devidamente identificados nos autos) por ser julgados pelo Tribunal Colectivo do 6.º Juízo do Tribunal Judicial de Base, no âmbito do respectivo Processo Comum Colectivo n.º PCC-091-00-61, tendo obtido o seguinte veredicto constante do Acórdão final de 7 de Novembro de 2001 (cfr. o ponto 6 do mesmo aresto, a fls. 779v a 780v, e *sic*):

“(…)

6. Face ao expendido, julgam a acusação parcialmente procedente e:

a) Absolvem os arguidos E e D respectivamente pela prática do crime p. e p. pelo artº 9º nº 1 do DL 5/91/M e artº 8º nº 1 da Lei 2/90/M;

b) Condenam o arguido B pela prática, como autor material, de um crime p. e p. pelo artº 8º nº 1 e 10º al. d) do DL 5/91/M na pena de onze anos de prisão e quinze mil patacas de multa ou em alternativa de cem dias de prisão caso não pague nem for substituída por trabalho;

c) Condenam o arguido C² pela prática, como autor material, de um crime p. e p. pelo artº 8º nº 1 do DL 5/91/M na pena de oito anos e seis meses de prisão e dez mil patacas de multa ou em alternativa de sessenta e seis dias de prisão caso não pague nem for substituída por trabalho;

d) Condenam o arguido A pela prática, como autor material, de um

crime p. e p. pelo artº 8º nº 1 do DL 5/91/M e 66º nº 2 f) e 67º do CPM na pena de três anos e nove meses de prisão e cinco mil patacas de multa ou em alternativa de trinta e três dias de prisão;

e) Condenam o arguido D pela prática, como autor material, de um crime p. e p. pelo artº 23º al. a) do DL 5/91/M na pena de quarenta e cinco dias de prisão, suspendendo a sua execução por dezoito meses com a condição de pagar à RAEM a quantia de três mil patacas dentro de dois meses destinados a reparar o mal do crime;

f) Condenam os arguidos E, F e G pela prática, como autor material, de um crime p. e p. pelo artº 23º al. a) do DL 5/91/M respectivamente na pena de quatro mil e quinhentas patacas, seis mil patacas e cinco mil patacas de multa ou em alternativa em trinta dias, quarenta dias e trinta e três dias de prisão caso não paguem nem for substituída por trabalho;

g) Condenam o arguido H pela prática, como autor material, de um crime p. e p. pelo artº 9º nº 1 do DL 5/91/M na pena de um ano e um mês de prisão, suspendendo a sua execução por dezoito meses, e duas mil e quinhentas patacas de multa ou em alternativa de dezasseis dias de prisão caso não pague nem for substituída por trabalho.

Custas pelos arguidos, fixando a taxa de justiça em 8 UC aos 1º a 3º arguidos e em 4 UC aos restantes arguidos e em quinhentas patacas ao abrigo do artº 24º da Lei 6/98/M de 17/8.

Declaram perdido a favor da RAEM todos os produtos estupefacientes e os instrumentos que os acompanham que serão destruídos oportunamente.

Devolva os restantes apreendidos aos seus titulares.

Boletins ao registo criminal.

Julgo quebrada a caução prestada pelo 6º arguido.

Devolva as restantes cauções após trânsito do acordão.

As medidas de liberdade impostas aos arguidos não presos perderão efeito após trânsito do acordão.

Notifique o 5º arguido nos termos do artº 317º do CPPM.

Comunique à PSP e DST.

Passe mandados de condução dos 1º, 2º e 3º arguidos ao EPM.”

2. Inconformados com este veredicto, vieram recorrer para este Tribunal de Segunda Instância (TSI), **A**, **B** e **C** (arguidos identificados em 3.º, 1.º e 2.º lugar na acusação pública, respectivamente).

3. Para o efeito, concluiu o arguido **A** a sua motivação de recurso, apresentada a fls. 832 a 854, de seguinte maneira (cfr. o teor de fls. 847 a 853):

“(…) **CONCLUSÕES**

1.^a O facto de, à data dos factos o ora recorrente ter apenas 16 anos, inscreve-se numa das circunstâncias modificativas da moldura penal abstracta prevista na lei – **alínea f) do nº. 2 do artº. 66º. do Código Penal de Macau** – de aplicação automática, escapando ao poder discricionário dos Exmº.s Julgadores;

2.^a. Perante tal circunstância, o crime de tráfico de droga cometido pelo ora recorrente é passível de uma pena abstracta com o limite mínimo de 1 ano, 7 meses, 2 dias e com o limite máximo de 8 anos;

3ª. Na determinação da medida da pena está subjacente a fixação (num primeiro momento) da medida abstracta e (num segundo momento) da medida concreta, sendo que a pena escolhida e aplicada ao recorrente pelo douto Tribunal recorrido teve que tomar em consideração aquela moldura penal abstracta;

4ª. Se é certo que invocou e transcreveu para o texto da decisão o **artº. 65º., nºs. 1 e 2, do Código Penal** que contém a enumeração exemplificativa das circunstâncias a que o tribunal deve atender para determinar a medida da pena, o douto Tribunal recorrido não atendeu a todos os elementos que poderiam ser valorados com vista a uma pena adequada;

5ª. Sendo considerável a diferença entre o mínimo e o máximo da pena aplicável, no caso concreto, ao ora recorrente, o Tribunal recorrido teria que esgotar a valoração de todas as circunstâncias a favor ou contra o recorrente, de uma forma mais profunda ainda, para permitir uma melhor adequação da pena às características do caso.

6ª. Embora a lei não distinga entre “drogas duras” e “drogas leves”, não está vedada ao julgador essa distinção, no plano de individualização da pena, encarando com maior benevolência a segunda situação, pelo que o facto de ter ficado provado que o ora recorrente apenas detinha *Cannabis Sativa* poderia ter sido considerada uma circunstância atenuante uma vez que, não sendo inofensiva, não tem o grande poder intoxicante da heroína e da cocaína, muito nocivas para a saúde dos consumidores e causas de forte habituação, de ruína física e mental e de grande taxa de mortalidade;

7ª. A confissão dos factos não foi valorada – e no modesto entender do recorrente devia ter sido –; porque se tratou de uma confissão eficaz à acção da justiça, tendo o ora recorrente feito revelações verdadeiras que conduziram à identificação e captura do 1º. arguido, pelo que, embora não podendo relevar para os efeitos do nº. 2 do artº. 18º. do Decreto-Lei nº. 5/91/M, de 28 de Janeiro, deveria ter sido considerada uma

circunstância a favor do recorrente;

8ª. A confissão dos factos séria e eficaz reconduz a uma outra circunstância com carácter atenuativo para o arguido: o sincero arrependimento, que, no caso se mostra verificado;

9ª. Um dos elementos imprescindíveis da medida da pena está relacionado com os sentimentos manifestados pelo arguido no cometimento do crime – que não cabem no dolo nem nos motivos ou fins da vontade criminosa, dizendo mais directamente à posição do arguido perante a própria ordem jurídica; assim, o douto Tribunal recorrido não poderia ter feito descaso do facto de o ora recorrente ter agido sob a orientação e debaixo do ascendente exercido pelo 1º. arguido, um agente da autoridade, que aproveitou a sua imaturidade e a sua toxicodependência, para exercer a sua actividade de traficante;

10ª. A conduta do recorrente após o cometimento do crime, sobejamente provada nos autos, também não foi valorada pelo douto Tribunal recorrido;

11ª. Face ao somatório das circunstâncias favoráveis ao ora recorrente, julga-se que uma pena de dois anos e sete meses seria justa.

12ª. A suspensão da execução da pena depende da verificação de dois pressupostos: um formal (uma pena não superior a três anos) e outro material consistente numa *prognose social favorável ao arguido*;

13ª. O pressuposto material da suspensão da execução da pena é limitado por duas coordenadas: (1) a salvaguarda das exigências mínimas essenciais de defesa do ordenamento jurídico (*prevenção geral*) e o (2) afastamento do agente da criminalidade (*prevenção especial*);

14ª. O **n.º 3 do art.º 66.º do C. Penal** permite que a execução da pena concretamente achada no caso da atenuação especial seja suspensa nos termos do **art.º**.

48.º do mesmo diploma;

15ª. Face aos fundamentos apresentados, essa Alta Instância poderá considerar adequada ao caso concreto a pena pedida de dois anos e sete meses, verificando-se, assim, o pressuposto formal da suspensão da execução da pena;

16ª. O facto de ter sido beneficiado com um estatuto de libertado provisório que lhe foi concedido pelo Mmo Juiz, fundamentadamente, permitiu que o ora recorrente, num período de 1 ano e sete meses, tivesse provado que deu um novo rumo à sua vida, tendo terminado os seus estudos secundários e tendo iniciado uma actividade profissional remunerada;

17ª. Em sede de ponderação da suspensão da execução da pena de prisão, pertence ao domínio dos poderes de livre apreciação e convicção dos tribunais que conhecem matéria de facto o juízo de prognose sobre as capacidades e potencialidades do arguido em adoptar uma postura socialmente conforme, pelo que podem Vossas excelências, Senhores Juizes do TSI, conhecer esta questão, face aos elementos existentes nos autos;

18ª. No momento em que foi sentenciado, o ora recorrente encontrava-se numa fase de iniciação no mundo do trabalho, após ter acabado a sua graduação académica (12º. Grau); tal circunstancialismo é suficiente para levar a que essa Alta Instância se convença que o ora recorrente não voltará a cometer outros crimes, estando assim verificado um dos fins da pena (*prevenção especial*) e uma das coordenadas por que é limitado o pressuposto material da suspensão da execução da pena (*afastamento do agente da criminalidade*);

19ª. Não pode deixar o ora recorrente de fazer referência ao apelo feito, em 1997, nas Nações Unidas pelo Órgão Internacional de Controlo de Estupefacientes, sugerindo que “*os países estabeleçam como prioridade absoluta a apreensão e a*

punição dos grandes criminosos na área da droga. No caso de pessoas condenadas por possuírem pequenas quantidades de drogas ilícitas, deveriam ser consideradas alternativas às penas de prisão”;

20^a. Quando se faz um apelo desta natureza, tem-se em vista que não são as penas de prisão dos pequenos traficantes de droga que vão, efectivamente, ajudar à prevenção geral que, no caso do tráfico de drogas, é reprimir o mais possível a observância deste tipo de crime, atendendo ao verdadeiro flagelo que hoje constitui esse tráfico e o consumo de droga e toda a actividade criminosa que lhe está associada;

21^a. Não pode deixar de se considerar que o ora recorrente se posicionava, na actividade do tráfico de droga, ao nível mais baixo, àquele a que pertencem as denominadas últimas personagens da cadeia de tráfico, os chamados distribuidores ou “dealers”;

22^a. Embora o Tribunal recorrido tenha dado como provado que o 1.^o arguido não sabia que o ora recorrente tinha 16 anos à data dos factos, isso não invalida que seja tomado em consideração que o ora recorrente tinha mesmo 16 anos de idade, sendo, em termos civis, menor, não podendo deixar de fazer referência ao **art.^o 3.^o, n.^o 5, alínea f), da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Drogas Narcóticas e Substâncias Psicotrópicas**, que apela para uma punição mais severa daqueles que, em tal actividade ilícita, vitimizam ou usam menores;

23^a. Sendo certo que a RAEM está dotada de um sistema penitenciário que garante o respeito pela dignidade humana, foi uma preocupação constante do legislador limitar, tanto quanto possível, a pena de prisão, atento o seu incontroverso efeito criminógeno, especialmente quando se trata de jovens;

24^a. A possibilidade legal de subordinar a suspensão da execução da pena de prisão ao cumprimento de deveres ou à observância de regras de conduta com o fim de

reparar o mal do crime, por um lado e a facilitar a readaptação social, por outro, garante suficientemente a salvaguarda das exigências mínimas essenciais do ordenamento jurídico (*prevenção geral*) e reforça o carácter pedagógico da medida (*prevenção especial*), pelo que, se fôr considerado conveniente, por Vossas Excelências, deverão ser fixadas certas obrigações (**artº.s 49.º e 50.º do Código Penal**) ao recorrente que servirão também para compensar a situação decorrente da não execução da pena de prisão.

25ª. O douto Acórdão recorrido violou a norma do **artº. 65º., nº.s 1 e 2, do Código Penal de Macau;**

26ª. O Acórdão recorrido fez uma errada interpretação da norma do **artº. 66º., nº. 2, alínea f)**, ao considerar que estava no âmbito do poder discricionário dos Exmº.s Julgadores a aplicação da atenuação especial ali prevista;

27ª. O douto Tribunal recorrido, não fez um correcto procedimento ou operação de determinação da pena e fez uma incorrecta aplicação dos princípios gerais de determinação, não indicando factores relevantes para aquela determinação, nem considerando relevantes certos factores admissíveis no caso concreto para a escolha da medida da pena a aplicar ao ora recorrente.”

Pedindo, a final, o mesmo recorrente **A** que “seja dado provimento ao recurso e, em consequência seja aplicada uma pena de prisão inferior a três anos, considerando-se justa a de dois anos e sete meses, suspendendo-se a sua execução por um período de quatro anos, impondo-se ... certas obrigações, fixando-se alguns dos deveres ou das regras de conduta previstas nos **artº.s 49.º e 50.º do Código Penal**” (cfr. fls. 853).

4. Por outro lado, o arguido **B**, na sua motivação de recurso apresentada a fls. 913 a 941, concluiu e peticionou pelos seguintes termos (cfr. fls. 937 a 941):

“(…)

- a) O recorrente foi condenado pela prática, como autor material, de um crime p. e p. pelos art.os 8º, n.º 1 e 10º alínea d) do D.L. 5/91/M na pena de onze anos de prisão e quinze mil patacas de multa ou, em alternativa, de cem dias de prisão caso não pague nem for substituída por trabalho esta multa;
- b) Entende o recorrente que a decisão recorrida não se mostra devidamente fundamentada e sofre do vício de excesso de pronúncia e, quando assim se não entenda, o que admite sem conceder, o arguido não está abrangido pela agravante qualificativa prevista na alínea d) do art.º 10º do supra citado D.L.;
- c) O recorrente, pelo exposto, fundamenta o seu recurso em “... *questões de direito de que pudesse conhecer a decisão recorrida*” (art.º 400º n.º 1 do C.P.P.);
Assim,
- d) O acórdão recorrido não deu, salvo melhor opinião, cumprimento ao disposto na parte final do nº 2 do artigo 355º do CPPM, limitando-se a um mero enunciação das provas, sem que contenha a verdadeira motivação da matéria de facto e de direito – as razões substanciais que serviram para formar a convicção do Tribunal;
- e) Limitando-se a uma mera indicação das provas de onde resulta perfeitamente impossível apurar se a decisão respeita ou não a exigência da prova dos factos; se foi lógico o raciocínio do julgador;
- f) Mostra-se, conseqüentemente, violada a norma supra referida, constituindo a falta de fundamentação do acórdão nulidade do mesmo, tornando inválido o acto em que este se verificou – a audiência do julgamento (artigo 360º alínea a) e 109º nº 1 do

CPPM), devendo ser reenviado o processo para novo julgamento;

Por outro lado,

- g) A decisão proferida pelo Tribunal tem que ser fundamentada, incluindo essa fundamentação as razões que presidiram à determinação da medida da pena aplicada;
- h) A actividade judicial de aplicação do direito, na determinação da medida da pena, está dependente de regras escritas que estabelecem os critérios que presidem a essa operação, sendo a actividade do Juiz uma actividade juridicamente vinculada e não puramente discricionária;
- i) Na fixação da pena concreta, o juiz procede a uma valoração da culpa do agente e das exigências de prevenção que a pena visa satisfazer, constituindo a culpa o limite inultrapassável da pena. Só deste modo poderá alcançar um esquema ordenado e racional que garanta um controlo jurídico;
- j) Neste relacionamento e composição entre a culpa e a prevenção no modelo de medida da pena, há que afastar a teoria do “espaço de liberdade” ou da “moldura da culpa” tão cara à jurisprudência dos tribunais de Macau;
- k) De acordo com o n.º 2 do art.º 65.º não devem ser tomadas em consideração, na medida da pena, as circunstâncias que façam parte do tipo de crime, consistindo isto no princípio da proibição da dupla valoração;
- l) Este princípio vale para os factores relevantes pela via da culpa e pela via da prevenção, bem como vale para uma concreta circunstância, nomeadamente uma agravante, que deva servir para determinar a moldura penal abstracta. Essa circunstância não deve ser de novo valorada para a quantificação da culpa e da prevenção relevantes para a medida da pena;
- m) O recorrente considera que quer a necessidade de prevenção geral associada a este

tipo de criminalidade, quer o facto de o recorrente ser agente da PSP foram valorados duplamente, violando o Tribunal o princípio da proibição da dupla valoração, contido no n.º 2 do artigo 65.º do CPM;

- n) Os factos provados são insuficientes para valorar os diversos factores da medida da pena, num caso de tráfico de droga e não se retira do acórdão, em termos da sua motivação, quais as provas e a sua valoração no que aos factores previstos no artigo 65.º diz respeito, de forma a fundamentar a pena de 11 anos de prisão.
- o) Assim, e pelo facto do acórdão não ter fundamentado, ainda que minimamente a determinação concreta da pena, violou patentemente o disposto nos n.º 2 e 3 do art.º 65.º do C.P.P. e os art.ºs 356.º n.º 1 e n.º 2 do art.º 355.º do C.P.P.M., e como tal, deve ser considerado nulo de acordo com a alínea a) do artigo 360.º também do C.P.P.;

Ainda,

- p) Inexiste identidade total entre os factos constantes da acusação e aqueles outros do acórdão. Os factos assinalados pela acusação, que se debateram na audiência, não são os mesmos que serviram de suporte fáctico ao acórdão;
- q) Como consequência deste facto, violou o acórdão recorrido o disposto no art.º 339.º n.º 1 do C.P.P., o que é causa de nulidade da sentença, por força do disposto na alínea b) do art.º 360.º do C.P.P., já que o Tribunal condenou o recorrente por factos não descritos na acusação, não lhe tendo concedido prazo para proceder à sua defesa;

Finalmente

- r) Deu o Tribunal “a quo” como provado que, em relação ao arguido recorrente “... *se verifica a agravação p. e p. pela alínea d) do art.º 10º do D.L. n.º 5/91/M dado que*

o mesmo era guarda da P.S.P. à prática dos factos;

- s) Ora, entende o recorrente que aquela agravação só se verificaria se o arguido fosse um agente incumbido da prevenção ou repressão das infracções que, nos termos do acórdão, cometeu;
- t) Esta é a interpretação a retirar da letra da lei bem como a única possível de harmonia com o n.º 5 do artigo 3.º da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas com referência ao artigo 1.º do DL 5/91/M;
- u) Entendendo o recorrente que a sua conduta está fora daquela agravação típica, deverá esse Tribunal de Segunda Instância, efectuar a devida correcção na medida concreta da pena que lhe foi aplicada, caso o julgamento como supra se referiu e peticionou não venha a ser anulado, como se espera.

Termos em que, como se peticionou, deverão V. Exa. dar provimento ao presente recurso, assim se fazendo.

Justiça”

5. E o arguido **C**, na sua motivação de recurso de fls. 967 a 987, concluiu e pediu de seguinte maneira (cfr. o teor de fls. 986 a 987 e *sic*):

“(…)

1. Do duto acórdão não consta a enumeração dos factos não provados bem como a exposição dos motivos que fundamentaram a decisão o que acarreta a nulidade do mesmo.
2. Não fora o plano dos agentes policiais, executado com o auxílio dum co-arguido,

jamais teria ocorrido a cedência de um comprimido MDMA

3. O recorrente foi instigado à prática de um crime que de outro modo jamais teria cometido.
4. Tendo-se feito uso de um método proibido de prova pelo recurso ao homem de confiança, o que configura um meio enganoso, a decisão é nula nos termos do disposto no Arto. 113, no.2, al a) do CPP.
5. A Lei pune o consumo ou o tráfico da substância MDMA constante da tabela II-A da lista anexa do DL 5/91/M.
6. Sabe-se apenas que os comprimidos encontrados na posse do recorrente contém MDMA mas não se sabe em que quantidade.
7. A determinação da quantidade é crucial pra a determinação da norma aplicável, se o Arto. 8º. ou o Arto. 9º. do referido DL 5/91/M.
8. O que constitui insuficiência para a decisão da matéria de facto provado.
9. Mostram-se, pois, violadas as normas constantes dos artos. 355º., no.2 e 360º., al.a)113º., no.2, al.a) e al.a) do no. 2 do arto.400º. do C.P.Penal pelo que dando-se provimento ao recurso, deve o recorrente ser absolvido do crime por que foi condenado ou proceder-se ao reenvio do processo para novo julgamento, em conformidade com as alegações supra exposta, assim se fazendo,

JUSTIÇA!”

6. Notificado dessas motivações de recurso, o **Digno Delegado do Procurador junto do Tribunal recorrido** concluiu a sua resposta de fls. 990 a 1012, nos seguintes termos (cfr. o teor de fls. 1009 a 1012 e *sic*):

“(…)

- 1 - Não é verdade que não houve fundamentação no duto acórdão recorrido. As exposição a que alude o no. 2 do art. 355º do CPPM pode ser mais desenvolvimento ou mais resumido consoante a necessidade e perplexidade do próprio caso bem como a vocação literária de cada autor. O desenvolvimento desnecessário da exposição viola os *princípios de economia e celeridade processual*.
- 2 - A alteração não substancial dos factos é uma mera *irregularidade e não nulidade* nos termos dos art. 106º, 107º e 339º no. 1 al. f) “*ao contrario sensu*”.
- 3 - Sendo mera irregularidade deve ser arguida pelos interessados no *próprio acto* ou nos *3 dias* seguintes a contar daquele em que tiveram sido notificados, consoante se tinham assistido o mesmo.
- 4 - Não foi arguido no próprio acto nem dos 3 dias seguintes, ainda que a Ilustre Advogado do 1º arguido esteve presente, ficou *sanada* tal irregularidade.
- 5 - A aplicação da agravação nos termos da al. d) do art. 10º do DL no. 5/91/M ao 1º arguido, por este ser um agente da PSP à prática do crime, foi totalmente *correcta*.
- 6 - Efectivamente a lei orgânica da CPSP, no art. 2 no. 1 al. b) prevê como sua missão além de outras “*exercer a prevenção e a investigação e o combate à criminalidade*”, ou seja indiferenciadamente para qualquer tipo de crime inclusivamente o *tráfico de droga*.
- 7 - A separação de atribuições entre a PSP e PJ, na altura como duas autoridades policiais, *não é relevante*, pelo que preencheu os requisitos do referido artigo para agravação da pena.

- 8 - Não há violação do princípio de igualdade porque tal agravação só se aplica aos crimes previstos nos *art. 8º e 9º* e não ao artigo 23º.
- 9 - Não houve utilização de meio proibido da prova, porque o facto de o 2º arguido entregar a droga ao 4º arguido através de outro, ainda que o 4º tinha concertado previamente com a PJ, não constitui um *meio de prova* mas o “*thema*” ou *objecto de prova*.
- 10 - Não se confunde estas duas realidades, pois no presente caso *nunca houve* emprego de meio de prova proibida.
- 11 - A intervenção do 4º arguido não constitui meio de prova proibida porque a *sua interposição foi num percurso criminal já em curso e não o motor da prática do novos ilícitos* conforme o acórdão de ex-TSJ, de 10/3/99, Processo no. 991, pois o Tribunal *a quo* entendeu provado que *houve transacção anterior* entre o 2º e 4º arguido.
- 12 - Há pareceres médicos dos Serviços de Saúde que propôs a quantidade de consumo para 3 dias de MDMA de 6 a 9 comprimidos indiferenciadamente para qualquer tipo de comprimido.
- 13 - Tal critério tem *coincidido* com a jurisprudência, pelo menos, da primeira instância.
- 14 - *In casu*, o 2º arguido detém *30 comprimidos* o que não se trata de nenhuma situação de fronteira, antes uma quantidade *substancialmente superior* ao do citado critério pelo que não resta dúvida que não seja uma quantidade diminuta.
- 15 - As penas aplicadas entre o 1º e 3º foram desproporcionadas.
- 16 - Entendemos que as molduras foram correctamente aplicadas designadamente a agravação para o 1º e a atenuação para o 3º arguido.

- 17 - No entanto é de estranhar quando se verifica que a medida da pena dentro da moldura do 1º seja *mais baixo* que o 3º sendo de *1/5* e *1/3* respectivamente, enquanto o 3º detinha uma quantidade *inferior* que o 1º por uma lado, e *confessa* os factos, *colabora* com a polícia e mostra *condições de ressocialização*, ao invés do 1º arguido, por outro.
- 18 - Não opomos caso seja *reduzida* a pena do 3º arguido.
- 19 - Nem opomos caso seja aplicada a *suspensão da pena*, no entanto, deve sujeitar-lhe a um *rigoroso regime de prova* e por um período mais *prolongado*.

Nesses termos e nos demais de direito, deve V. Exas. julgar improcedente os recursos interpostos pelos 1º e 2º arguido e dar procedência ao do 3º fazendo a habitual

JUSTIÇA!”

7. Subidos os recursos para este TSI, o **Digno Procurador-Adjunto junto desta Instância** emitiu em sede do art.º 406.º do Código de Processo Penal de Macau (CPP), o douto Parecer constante de fls. 1038 a 1051, opinando, no tocante aos três recursos aqui *sub judice*, que:

“(…)

2. Recursos do douto acórdão.

2.1. Recurso do arguido A.

Pretende o recorrente a redução da pena para um “quantum” inferior a 3 anos de prisão, bem como a suspensão da respectiva execução.

Cremos, no entanto, que tais pretensões não podem obter êxito.

Vejamos.

O Tribunal Colectivo atenuou especialmente a pena ao recorrente, estribando-se, para o efeito, no facto de o mesmo ter menos de 18 anos aquando da prática dos factos (importando dizer, a propósito, que estava a menos de um mês de perfazer 17).

Em benefício do recorrente, há que ter em conta, também, a confissão dos factos.

Não se mostra, todavia, que tal confissão tenha sido espontânea e haja contribuído, de qualquer forma, para a descoberta da verdade.

E, muito menos, que tenha sido acompanhada de arrependimento.

O Tribunal “a quo”, de qualquer forma, ao abrigo da faculdade prevista no artº. 66º do C. Penal, fixou a respectiva medida concreta em menos de metade do limite mínimo da moldura abstracta – mais concretamente, em 3 anos e 9 meses de prisão.

E afigura-se-nos, realmente, que não podia ter ido mais longe (se é que não foi, mesmo, longe de mais).

Conforme se frisa no douto acórdão, o recorrente “detinha grande quantidade de estupefacientes destinados à venda”.

E tal circunstância não pode, como é óbvio, deixar de ser relevada agravativamente.

Quanto à natureza do estupefaciente em causa, por outro lado, deve dizer-se, na esteira do Tribunal de Última Instância, que “a distinção entre drogas ditas leves, duras e ultra duras não deve, só por si, ser determinante na escolha e medida da pena e, muito menos, para conduzir à atenuação especial da pena no caso das drogas ditas leves” (ac. de 26-9-2001, proc. nº. 14/2001).

O recorrente parte, aliás, para a sua pretensão, de uma premissa equivocada.

Expende, na verdade, que a circunstância referida na al. f) do n.º 2 do citado art.º 66º - menoridade do agente – é de “aplicação automática”.

E isso não é exacto.

Como salientam Leal-Henriques e Simas Santos – Código Penal de Macau, 179 - “as situações a que se referem as diversas alíneas do n.º 2 não têm, por si só, na sua existência objectiva, um valor atenuativo especial, tendo de ser relacionadas com um determinado efeito que terão de produzir: a *diminuição acentuada da ilicitude de facto ou da culpa do agente (n.º. 1)*”.

O uso da faculdade contida no art.º 48º do C. Penal esbarra, desde logo, com o obstáculo formal de a pena imposta ultrapassar o limite legal de 3 anos.

Mas, ainda que assim não fosse – ou não venha a ser – esse uso sempre seria – ou será - de afastar.

Como tem decidido este Tribunal, “mesmo sendo favorável o prognóstico relativamente ao delincente, apreciado à luz de considerações exclusivas da execução da prisão, não deverá ser decretada a suspensão se a ela se opuseram as necessidades de reprovação e prevenção do crime” (ac. de 15-6-2000, proc. n.º. 96/2000).

E é isso que acontece, precisamente, no caso “sub judice”.

O tráfico de estupefacientes tem tido, na RAEM, um incremento verdadeiramente preocupante (para não dizer alarmante).

Para além de necessidades de reprovação, há, assim, igualmente, razões prementes da prevenção geral.

2.2 Recurso do arguido B.

Impugna o recorrente o douto acórdão que o condenou, pela prática do crime p. e p. nos artºs. 8º, nº. 1 e 10º, al. d), do Dec-Lei nº. 5/91/M, de 28-1, na pena de 11 anos de prisão e 15 mil patacas de multa.

Mas tal impugnação está, em nosso juízo, votada ao insucesso.

O recorrente começa por afirmar que a decisão “não se mostra devidamente fundamentada”, referindo-se, concretamente, à respectiva *motivação fáctica*.

Essa motivação, contudo, deve ter-se como bastante.

Conforme se sabe, impõe-se afastar, nesse âmbito, uma perspectiva *maximalista* – devendo ter-se em conta, sempre, os ingredientes trazidos pelo caso concreto.

No sentido propugnado decidiu, de resto, recentemente, o Tribunal de Última Instância (cfr. ac. de 18-7-2001, proc. nº. 9/2001).

O aresto do mais Alto Tribunal da RAEM, aliás, pronunciou-se sobre uma situação muito semelhante à presente.

No mesmo, para além de se ter afastado a exigência da *apreciação crítica das provas*, considerou-se, igualmente, que, “se, em determinado caso, for possível conhecer as razões essenciais da convicção a que chegou o tribunal, pela enumeração dos factos provados e não provados e pela indicação dos meios de prova utilizados, torna-se desnecessária a indicação de outros elementos ...”.

E é isso que acontece, no nosso entender, na situação presente.

A indicação das provas que serviram para formar a convicção do Tribunal é a seguinte:

“As declarações dos arguidos presentes.

A leitura em audiência das declarações dos 3º, 4º e 5º arguidos prestadas no TIC a fls. 174, 181/182 e 32/33 ao abrigo do artº. 338º nº. 1 b) do CPPM.

As declarações de todas as testemunhas e as da PJ que intervieram na investigação dos factos e detenção dos arguidos.

Os relatórios de exame a PJ a fls. 224, 251 e 307.

Os outros documentos juntos aos autos e fotografias.

Apreciação crítica e valorativa de um conjunto de provas na sua globalidade, e às regras de experiência comum e de normalidade das situações”.

E tal *indicação* permite, de facto, “conhecer as razões essenciais da convicção a que chegou o Tribunal”.

Das seis *testemunhas de acusação* inquiridas, quatro são investigadores da Polícia Judiciária.

E não pode deixar de ter-se como evidente a respectiva razão de ciência: a sua intervenção na investigação dos factos.

Deve ter-se como líquida, também, a razão de ciência dos arguidos: a sua participação nos mesmos factos.

A fundamentação em questão deve, em suma, considerar-se suficiente.

O recorrente sustenta, depois, que “há falta de fundamentação na determinação da pena concreta”.

Está-se perante outra crítica infundada.

O Tribunal cumpriu, na nossa óptica, o comando do artº. 356º, nº. 1, do C. P. Penal.

Estar-se-ia, de qualquer modo, perante uma mera irregularidade – sanada, por não ter sido arguida tempestivamente (cfr. artº. 110º, nº. 1, do mesmo

Diploma).

O recorrente expende, ainda, que foi violado o disposto no artº. 339º, nº. 1, do C. P. Penal.

Afigura-se-nos, porém, que não lhe assiste razão.

O aludido dispositivo reporta-se à “alteração não substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia”.

Não é qualquer modificação, no entanto, que justifica a comunicação a que o comando em análise se refere, uma vez que o mesmo condiciona essa comunicação à verificação de factos *com relevo para a decisão da causa*.

Nessa expressão *com relevo para a decisão da causa* integram-se diversas situações, “umas com influência na dosimetria da pena ou no agravamento dos limites mínimos das sanções aplicáveis, outras sem qualquer influência a esse nível, mas, sempre, perturbadoras da estratégia de defesa inicialmente assumida” (cfr. António Duarte Soares, Convolações, C.J. , Acs. S.T.J., II, 3, 15 e sgs.).

E não se está, do nosso ponto de vista, perante qualquer dessas situações.

É certo que o Tribunal Colectivo deu como assente que o “quantum” de 39,728 gramas de marijuana que o arguido A detinha havia sido entregue pelo recorrente, sendo certo que da acusação constava que esse estupefaciente tinha sido adquirido “junto de indivíduo desconhecido”.

E a questão que se coloca, efectivamente, é a de saber se a alteração em foco teve reflexos na medida concreta da pena aplicada (já que não se vislumbra, a nosso ver, qualquer outra situação *com relevo para a decisão da causa*).

E propendemos – não sem algumas dúvidas – pela negativa.

De acordo com a acusação, o recorrente havia entregue, para venda, ao mencionado A, marijuana com o peso líquido de 114,609 gramas (3,312 + 111,297).

E acabou por se provar que o mesmo entregou, afinal, mais 39,729 gramas – o que corresponde a pouco mais de um terço da quantidade referida na acusação.

Em termos de pena, no quadro de uma moldura abstracta de 10 a 15 anos de prisão, foi condenado em 11 anos.

E cremos que a alteração em questão não teve influência na imposição dessa medida concreta.

O douto acórdão referiu-se, nesse âmbito, ao facto de o recorrente ter fornecido uma “grande quantidade de estupefacientes”.

Trata-se de uma locução que se ajusta, perfeitamente, ao “quantum” descrito na acusação – que excedia, já, em cerca de quinze vezes, a quantidade considerada *diminuta* (cfr. artº. 9º, nºs. 1 e 3, do Dec-Lei nº. 5/91/M).

Parece poder concluir-se, pois, que a pena seria a mesma sem a questionada modificação.

Há que recordar, além do mais, que a favor do recorrente não se averiguou qualquer circunstância atenuante.

Não se verifica, em suma, quanto a nós, a nulidade prevista no artº. 360º, al. b), do C. P. Penal.

Relativamente à alegada “dupla valoração” na determinação da pena e à contestada verificação da circunstância qualificativa contemplada na al. d) do artº. 10º do Dec-Lei nº. 5/91/M, o Mº Pº junto da 1ª Instância evidencia, de forma concludente, a sem razão do recorrente.

E, a esse respeito, nada se impõe acrescentar, com interesse, às suas doudas considerações.

2.3 Recurso do arguido C¹.

Insurge-se o recorrente contra o doudo acórdão que o condenou, pela prática do crime p. e p. no artº. 8º, nº. 1, do Dec-Lei nº. 5/91/M, de 28-1, na pena de 8 anos e 6 meses de prisão e dez mil patacas de multa.

Mas fá-lo, na nossa perspectiva, de forma insubsistente.

O recorrente começa por atacar a fundamentação da decisão.

Relativamente à *motivação fáctica*, entretanto, já nos pronunciámos no âmbito do recurso anterior.

Mas o recorrente visa, também, uma outra *vertente* dessa fundamentação, afirmando, concretamente, que “do doudo acórdão não consta a enumeração dos factos não provados”.

Trata-se de uma crítica infundada.

No acórdão recorrido consigna-se, a propósito, que **não ficaram provados** “os restantes factos que constam da acusação”, designadamente os dois que são enunciados de seguida.

E enumeração dos factos não provados, como é sabido, impõe-se como exigência legal de fundamentação, assegurando que o Tribunal, no desempenho dos seus poderes cognitivos, cumpriu, através da investigação, a totalidade do “*thema probandum*”, que parte do objecto do processo – “*thema decidendum*”.

E, na hipótese vertente, é incontroverso que o Tribunal Colectivo cumpriu esse dever de investigação.

Perante a acusação do M^o P^o e face à ausência de qualquer contestação, não pode, realmente, deixar de considerar-se que satisfaz a enumeração em análise a consignação atrás apontada.

Não se verifica, por outro lado, a alegada violação do art^o. 113^o, n^o. 2, al. a), do C. P. Penal, devendo ter-se por legítima a controvertida actuação policial.

No sentido propugnado na resposta à motivação tem decidido, também, o S. T. J. de Portugal (cfr., entre outros, acs. de 15-1-97 e 8-1-98, BMJ 463-226 e CJ, Acs. S. T. J., VI, 1, 155, respectivamente).

Conforme salienta o primeiro aresto, referenciando várias decisões do mesmo Tribunal, “a lei aceita *uma colaboração com uma actividade criminosa em curso*, mas não a adopção de *uma conduta de impulso ou instigação dessa actividade*”.

Como se sublinha no segundo acórdão, por seu turno, “resulta da própria al. a), do n^o. 2, do citado art^o. 126^o, do diploma processual – correspondente à mencionada al. a) do n^o. 2 do art^o. 113^o do C. P. Penal de Macau – que os meios enganosos só poderão ser considerados ofensivos da integridade física ou moral das pessoas e como tais proibidos, se causarem perturbação da liberdade da vontade ou da decisão”.

E, no caso presente – tal como no referido nesse acórdão – “não houve ... propriamente uma perturbação da liberdade de vontade ou de decisão do agente, mas apenas a revelação pela astúcia da sua actividade criminosa que até já estava em curso”.

O recorrente expende, por fim, que não ficou provada a quantidade de estupefaciente encontrada na sua posse, pelo que fica por se saber, também, se a sua

conduta é subsumível à previsão do artº. 8º ou do artº. 9º do citado Dec-Lei nº. 5/91/M.

Nessa parte, no entanto, há que atentar nas judiciosas explicações contidas na resposta à motivação.

Não é possível, ainda – pelo menos, em Macau – realizar a análise *quantitativa* dos comprimidos em causa, por via da inexistência do padrão de “MDMA” no Laboratório de Polícia Científica.

E, de acordo com o mencionado médico Dr. Ho Chi Veng, considerado um especialista na matéria, o conceito de “quantidade diminuta” é preenchido com o máximo de 10 comprimidos – com um peso total de cerca de 4 gramas.

Tendo em conta o seu interesse para a boa decisão da causa, junta-se, agora, cópia do aludido parecer, juntamente com cópia de um outro, elaborado na sequência do mesmo – sendo certo que tal elaboração ocorreu, já, após a prolação do acórdão recorrido.

Conforme frisa o Exmº. Delegado, não se está, no caso, perante um situação de *fronteira*, já que o número de comprimidos detidos pelo recorrente corresponde ao triplo do limite propugnado.

3. Conclusão.

Deve, pelo exposto, ser negado provimento aos recursos.”

8. Feito o exame preliminar dos autos e corridos os vistos legais em cumprimento dos art.ºs 407.º e 408.º do CPP, realizou-se no transacto dia 6 de Junho de 2002 a audiência de julgamento neste TSI com observância do devido formalismo prescrito nos art.ºs 411.º e 414.º do mesmo Código, em sede da qual o mesmo Digno Procurador-Adjunto subscritor do douto Parecer

acima transcrito produziu alegações orais, afirmando nuclearmente que apesar do seu douto Parecer anteriormente emitido, propendia aceitar agora – na esteira do entendimento pronunciado pelo Venerando Tribunal de Última Instância através do respectivo Acórdão de 30 de Maio de 2002 no Processo n.º 7/2002, acerca da problemática do tráfico de droga de quantidade diminuta sob a forma de comprimidos ou pílulas – o reenvio do processo para novo julgamento na Primeira Instância devido ao vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, a fim de se apurar aí a quantidade da substância de MDMA contida nos 30 comprimidos de MDMA então traficados pelo arguido C, enquanto os Ilustres Defensores representantes dos três arguidos ora recorrentes defenderam, a título de alegações orais, o já constante nas suas motivações de recurso.

9. Depois da audiência, procedeu-se, no presente Tribunal Colectivo, à discussão e deliberação do Projecto de Acórdão para os três recursos ora em causa, de autoria do Mm.º Juiz Relator do presente processo, o qual saiu a final vencido da votação feita, com o que passou a caber ao primeiro dos Juízes Adjuntos a tarefa de lavrar o acórdão definitivo em função da posição de vencimento, em obediência ao art.º 417.º, n.º 1, do CPP.

10. Urge, pois, conhecer dos três recursos em causa nos termos seguintes.

II. FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO

A. – Encontra-se fixada a seguinte matéria de facto pelo Tribunal recorrido, com a respectiva fundamentação da convicção entretanto formada (cfr. o constante do ponto 2 do acórdão recorrido, a fls. 775 a 778, e *sic*):

“2. (...)”

Discutida a causa ficaram provados os seguintes factos:

No dia 27 de Abril de 2000, cerca da 01H30, o arguido E foi interceptado por agentes da PJ à entrada do edf. “XX”, tendo sido encontrado na sua posse uma pequena caixa que continha substância que se suspeitava tratar-se de marijuana.

Submetida a exame laboratorial, tal substância continha como composição Cannabis, abrangida na Tabela I-C da lista anexa ao DI nº 5/91/M, com peso líquido de 1,010 gramas.

A seguir, deslocaram-se os agentes policiais à residência de tal arguido sita no edf. XX, onde efectuaram uma busca e encontraram uma embalagem de plástico e duas caixas metálicas.

Sujeitas a exame laboratorial, foi provado conterem as substâncias encontradas no interior da embalagem de plástico e das caixas metálicas como composição, Cannabis, abrangida na Tabela I-C da lista anexa ao DL nº 5/91/M, com peso líquido de 5,74 gramas.

Essa droga fora adquirida pelo mesmo arguido junto de um indivíduo

desconhecido para o seu consumo pessoal.

Segundo as pistas fornecidas pelo referido arguido, agentes da PJ interceptaram, em 27 de Abril de 2000, pelas 19H50, na Rua do Campo, perto do MacDonald, o arguido A, tendo encontrado na sua posse três sacos de plástico com substância que se suspeitava tratar-se de droga e vinte e oito cigarros artesanais.

Submetidas as substâncias encontradas no interior dos sacos de plástico e dos cigarros artesanais a exame laboratorial, foi confirmado que continham como composição Cannabis, abrangida na Tabela I-C da lista anexa ao DL n° 5/91/M, das quais a contida nos sacos tinham de peso líquido 39,728 gramas e a contida nos cigarros artesanais 3,312 gramas.

Da marijuana acima mencionada, a que pesava 39,728 gramas e a contida nos cigarros artesanais fora entregue pelo arguido B ao arguido A para ser destinada à venda a terceiros e parte para consumo.

Capturado o arguido A, deslocaram-se logo os agentes da PJ à residência deste, sita na Rua XX, para procederem a uma busca, donde encontraram uma caixa de plástico contendo no seu interior substância que se suspeitava tratar-se de marijuana e uma caixa metálica que continha vinte e seis cigarros artesanais.

Sujeitas a exame laboratorial, foi provado que as substâncias encontradas na caixa de plástico e nos cigarros artesanais acima referidos continham como composição Cannabis, abrangida na Tabela I-C da lista anexa ao DL n° 5/91/M, com peso líquido de 111,297 gramas.

Tal droga fora entregue pelo arguido B ao arguido A, para que este último a vendesse a terceiros.

No dia 28 de Abril de 2000, cerca das 22H00, os arguidos F e G foram

apanhados por agentes da PJ junto à porta do Jardim de Camões. Na altura, tais arguidos estavam dentro duma viatura com chapa de matrícula MG-XX-XX, na qual os agentes encontraram duas embalagens de plástico com substância que suspeitavam tratar-se de droga.

Submetida tal substância encontrada nas embalagens de plástico a exame laboratorial, foi provado conterem Cannabis, abrangida na Tabela I-C da lista anexa ao DL n.º 5/91/M, com peso líquido de 8,426 gramas.

Essa droga, ora referida, fora adquirida pelos arguidos F e G junto do arguido B, nessa noite, por volta das 21H00, nas proximidades do edf. “XX”, para consumo pessoal.

Nessa mesma data, cerca das 23H00, o arguido B foi apanhado por agentes da PJ.

No dia 29 de Abril de 2000, por volta das 00H40 da madrugada, o arguido D foi encaminhado por agentes da PJ à sua residência, sita na Rua XX, para aí procederem, os agentes, a uma busca, onde prenderam a I que se encontrava em Macau na situação de clandestinidade.

Da busca feita na residência do referido arguido, D, os agentes encontraram três sacos de plástico contendo no seu interior substância que suspeitavam tratar-se de droga.

Foi provado, do exame laboratorial, que tal substância, encontrada no interior dos sacos de plástico, continha Cannabis, abrangida na Tabela I-C da lista anexa ao DL n.º 5/91/M, com peso líquido de 1,088 gramas.

Essa droga fora adquirida pelo aludido arguido junto do arguido C¹ para consumo pessoal.

Para capturar o arguido C¹, e mediante plano de agentes da PJ, o arguido

D telefonou ao arguido C¹, combinando com ele encontrarem-se à entrada do Hotel Beverly, para transacção de droga.

Pelas 03H30 da mesma data, o arguido H foi apanhado por agentes policiaes no átrio do Hotel Beverly, tendo encontrado na sua posse um comprimido.

Submetido tal comprimido a exame laboratorial, foi provado conter como composição MDMA, abrangida na Tabela I-A da lista anexa ao DL n° 5/91/M.

Tal produto fora-lhe entregue pelo arguido C¹, a fim de ser entregue ao arguido D.

Logo a seguir, o arguido C¹ foi apanhado por agentes no quarto K6 do Karaoke XX. Feita uma busca à viatura do mesmo arguido, com chapa de matrícula MG-XX-XX, foram encontrados vinte e nove comprimidos.

Do exame laboratorial a que tais comprimidos foram sujeitos foi provado conterem como composição MDMA, abrangida na Tabela I-A da lista anexa ao DL n° 5/91/M.

Tal droga fora adquirido pelo arguido C¹ junto de desconhecidos para destiná-la à venda e cedê-la a terceiros.

Os arguidos B, C¹, A, D, E, F, G e H agiram consciente e livremente.

Tinham perfeito conhecimento das qualidades e características das drogas referenciadas.

Não beneficiavam de qualquer autorização legal que os permitissem assim agir.

Bem sabiam que tais condutas eram proibidas e punidas por lei.

À prática dos factos, os arguidos B e D eram funcionários públicos.

À prática dos factos, o arguido A ainda não tinha atingido os 18 anos de idade.

O 1º arguido era guarda da PSP e auferia o vencimento correspondente ao índice 200 da tabela de vencimentos.

É solteiro e tem os pais a seu cargo.

Não confessou os factos e é primário.

O 2º arguido era proprietário de oficina de automóveis e auferia o rendimento de dez mil patacas.

É solteiro e não tem pessoas a seu cargo.

Não confessou os factos e é primário.

O 3º arguido é funcionário da DST e auferia o vencimento correspondente ao índice 195 da tabela de vencimentos.

É solteiro e não tem pessoas a seu cargo.

Confessou os factos e é primário.

O 4º arguido é empregado de oficina e auferia o vencimento de sete mil patacas.

É solteiro e tem a avó a seu cargo.

Confessou parcialmente os factos e é primário.

O 5º arguido é rececionista de hotel e auferia o vencimento de três mil e duzentas patacas.

É solteiro e não tem pessoas a seu cargo.

Confessou parcialmente os factos e é primário.

O 7º arguido é empregado de casino Lisboa (relações públicas) e auferia o vencimento de seis mil patacas.

É solteiro e tem os pais a seu cargo.

Confessou os factos e é primário.

O 8º arguido é aprendiz de cozinha e aufero o vencimento de três mil e oitocentas patacas.

É solteiro e tem os pais a seu cargo.

Confessou os factos e é primário.

Não ficaram provados os seguintes factos: os restantes factos que constam da acusação designadamente:

O arguido E adquiriu estupefacientes destinados à venda a terceiros.

O arguido D, apesar de ter perfeito conhecimento da situação de clandestinidade da I, permitiu que esta permanecesse na sua residência.

Indicação das provas que serviram para formar a convicção do Tribunal:

As declarações dos arguidos presentes.

A leitura em audiência das declarações dos 3º, 4º e 5º arguidos prestadas no TIC a fls. 174, 181/182 e 32/33 ao abrigo do artº 338º nº 1 b) do CPPM.

As declarações de todas as testemunhas e as da PJ que intervieram na investigação dos factos e detenção dos arguidos.

Os relatórios de exame da PJ a fls. 224, 251 e 307.

Os outros documentos juntos aos autos e fotografias.

Apreciação crítica e valorativa de um conjunto de provas na sua globalidade, e às regras de experiência comum e de normalidade das situações.”

B. – O enquadramento jurídico da factualidade *supra* foi feito pelo Tribunal recorrido nos seguintes termos (cfr. o teor do ponto 3 do acórdão

recorrido, a fls. 778 a 778v, e *sic*):

“3. Da matéria assente, provou-se que os 1º, 2º e 3º arguidos praticaram o crime de tráfico de estupefacientes p. e p. pelo artº 8º nº 1.

O 1º arguido forneceu grande quantidade de estupefacientes a outrém a fim de vender a terceiros.

O 2º detinha quantidade significativa de comprimidos MDMA destinados a venda a terceiros.

O 3º arguido adquiriu grande quantidade de estupefacientes e guardou-os na sua residência a fim de vender a terceiros.

Não se provou que estes arguidos actuaram em conjunto, pelo que não subsiste a agravação prevista e punida nos termos do artº 10º al. g) do DL 5/91/M. De igual modo não subsiste a agravação da al. a) dado que não se demonstra na acusação que o 1º arguido conhecia a idade do 3º arguido.

Em relação ao 1º arguido verifica-se apenas a agravação p. e p. pela al. d), dado que o mesmo era guarda da PSP à prática dos factos.

Não se provou que o 4º arguido conhecia a situação de clandestinidade da I, pelo que não se encontra preenchido o elemento subjectivo do tipo de crime.

Não se provou que o 5º arguido detinha estupefacientes destinados à venda a terceiros, apenas consumia-os.

Os 4º, 6º e 7º arguidos praticaram um crime de consumo de estupefacientes dado que detinham tais produtos destinados ao consumo pessoal. O 8º arguido praticou o crime de que vem acusado dado que detinha pequena quantidade de estupefacientes destinado a ser entregue a outrém.”

C. – Consta do acórdão recorrido o seguinte a respeito da medida da pena aplicada aos arguidos condenados (cfr. os pontos 4 e 5 do acórdão recorrido, a fls. 778v a 779v, e *sic*):

“4. Dispõe o artº 65º, nºs 1 e 2, do Código Penal de 1995:

"1. A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção criminal.

2. Na determinação da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuseram a favor do agente ou contra ele, considerando nomeadamente:

a) O grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente;

b) A intensidade do dolo ou da negligência;

c) Os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram;

d) As condições pessoais do agente e a sua situação económica;

e) A conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar consequências do crime;

f) A falta de preparação para manter um conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deve ser censurada através da aplicação da pena".

5. A conduta dos 1º, 2º e 3º arguidos é muito grave.

O 1º arguido era guarda da PSP à data dos factos.

O 2º arguido detinha uma quantidade significativa de comprimidos

MDMA destinados à venda.

O 3º arguido detinha grande quantidade de estupefacientes destinados à venda.

A pena a aplicar aos mesmos arguidos nunca se poderia suspender a sua execução, tendo em conta a prevenção geral.

Impõe-se, por isso, a aplicação de pena efectiva privativa de liberdade, já que qualquer outra punição não lograria as exigências de prevenção criminal.

Importa referir que o 3º arguido não tinha 18 anos de idade à data dos factos, pelo que o Tribunal entende atenuar especialmente a pena a aplicar ao mesmo nos termos do artº 66º nº 2 al. f) do CPM.

Em relação ao 8º arguido, foi-lhe encontrado apenas um comprimido MDMA.

Em relação aos restantes arguidos, a intenção era apenas obter droga para o seu consumo pessoal e não para fins lucrativos.

Aos 4º e 8º arguidos, conclui-se que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição (artº 48º do CP).

Justifica-se a suspensão da execução da pena.

Aplicar-se-á o dever de pagamento de uma quantia à RAEM ao 4º arguido para efeitos de reparação do mal do crime nos termos do artº 49º do CPM tendo em conta que era guarda da PSP à data dos factos.

Em relação aos 5º, 6º e 7º arguidos, conclui-se que se deve aplicar uma pena não privativa de liberdade dado que se realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.”

III. FUNDAMENTAÇÃO DO PRESENTE ACÓRDÃO

1. Com posse dos elementos acima coligidos, é-de apreciar agora propriamente os recursos *sub judice*.

2. Entretanto, **desde logo, é de proceder**, ao abrigo do art.º 361.º, n.º 1, al. b), e n.º 2, do CPP, **oficiosamente à rectificação de dois erros de escrita mais salientes do texto do acórdão recorrido**, cuja eliminação não importa modificação essencial do mesmo, **a saber:**

- onde se lê “C²” ou “C¹” se deve ler correctamente como “C³” ou “C” (visto que a romanização do nome em chinês “XX” é C de acordo com o teor do Bilhete de Identidade de Residente de Macau e do Cartão de Identidade de Residente de Hong Kong deste arguido, cujas cópias se encontram juntas a fls. 115 e 116 dos autos, e até a procuração forense a fls. 115 foi redigida com a romanização “C”, erro de escrita este que se nos afigura ter derivado do facto de o nome em chinês em causa ter sido romanizado como “C¹” na tradução portuguesa da acusação, a fls. 505 a 508v);
- e onde se lê “Tabela I-A” se deve ler correctamente como “Tabela II-A” (porquanto a “MDMA” está compreendida na Tabela II-A –

e não Tabela I-A – anexa ao Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, erro de escrita este já alertado na rectificação oficiosa do original da acusação feita pelo próprio Ministério Público, a fls. 504 dos autos, traduzida em português a fls. 509).

3. Por outro lado, ao delimitar, de modo *infra*, o âmbito do objecto dos três recursos em causa, há que ter em conta necessariamente, em tese geral, as seguintes observações preliminares, tecidas como tese geral:

3. 1. O tribunal *ad quem* só vai resolver as questões concretamente postas pelos recorrentes e delimitadas pelas conclusões da sua motivação de recurso, transitando em julgado as questões nelas não contidas (*apud* nomeadamente os Acórdãos deste TSI nos seguintes recursos penais: de 17/5/2001 no Processo n.º 63/2001, de 3/5/2001 no Processo n.º 18/2001, e de 7/12/2000 no Processo n.º 130/2000);

3. 2. Ao resolvermos as questões assim postas pelos recorrentes, seguimos, tal como fizemos nos arestos deste TSI sobre recursos penais, *maxime*, de 30/5/2002 no Processo n.º 84/2002, de 17/5/2001 no Processo n.º 63/2001, e de 7/12/2000 no Processo n.º 130/2000, a doutrina do saudoso Professor JOSÉ ALBERTO DOS REIS (*in* Código de Processo Civil anotado, Volume V – Artigos 658.º a 720.º (Reimpressão), Coimbra Editora, Lim., 1984, pág. 143), de que “Quando as partes põem ao tribunal determinada questão, socorrem-se, a cada passo, de várias razões ou fundamentos para fazer valer o seu ponto de vista; o que importa é que o tribunal decida a questão posta; não lhe incumbe apreciar todos os

fundamentos ou razões em que elas se apoiam para sustentar a sua pretensão”;

3. 3. E para nós, e salvo o devido respeito pela posição diferente, **os três vícios previstos nas alíneas a), b), e c), do n.º 2 do art.º 400.º do CPP, possibilitadores da reapreciação pelo tribunal *ad quem* da matéria de facto julgada pelo tribunal *a quo*, não são de conhecimento officioso mesmo que o recurso se encontre limitado à matéria de direito**, por seguintes razões aqui transcritas e adaptadas do erudito Voto Vencido de autoria do Mm.º Conselheiro Manuel Castro Ribeiro do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, integrante do Acórdão n.º 7/95 deste Órgão, proferido no Plenário da sua Secção Criminal em 19/10/1995 no Processo n.º 46 580, do qual saiu fixada a jurisprudência obrigatória de que: “É officioso, pelo tribunal de recurso, o conhecimento dos vícios indicados no artigo 410.º, n.º 2, do Código de Processo Penal [nota: artigo essencialmente homólogo ao art.º 400.º, n.º 2, do CPP de Macau], mesmo que o recurso se encontre limitado à matéria de direito” (*in Diário da República* de Portugal, n.º 298, I Série-A, pág. 8211 a 8213), necessariamente tidas aqui meramente como doutrina (tal como o é esse Acórdão n.º 7/95):

– “Na verdade, a clara redacção do n.º 2 do artigo 410.º [*homólogo ao n.º 2 do art.º 400.º do CPP de Macau*], conjugada com o disposto nos artigos 412.º, n.ºs 1 e 3, e 430.º, n.º 1 [*homólogos aos art.ºs 402.º, n.ºs 1 e 3, e 415.º, n.º 1, do CPP de Macau, respectivamente*], e o seu confronto com o artigo 403.º, n.ºs 1 e 2 [*homólogo ao art.º 393.º, n.ºs 1 e 2, do CPP de Macau*], apontam no sentido de os “vícios” em causa só poderem justificar o reenvio do processo (artigo 426.º) [*homólogo ao art.º*

418.º, n.º 1, do CPP de Macau] quando sejam invocados “como fundamentos do recurso”; e isso estará em sintonia com a *mens legislatoris*, enquanto se atribui aos sujeitos processuais, como “recorrentes”, uma inequívoca co-responsabilidade no bom e rápido êxito final da causa, nomeadamente consentindo-se-lhes a limitação do recurso nos amplos termos do artigo 403.º [homólogo ao art.º 393.º do CPP de Macau] e impondo-se-lhes apertadas regras na motivação, que, além do mais, terá de enunciar especificamente os fundamentos do recurso e formular conclusões de acordo com o artigo 412.º, n.ºs 1 e 2 [homólogo ao art.º 402.º, n.ºs 1 e 2, do CPP de Macau].

A meu ver, não seria de invocar o disposto no n.º 3 do artigo 403.º [homólogo ao n.º 3 do art.º 393.º do CPP de Macau] em favor da fixada jurisprudência, por isso que a restrição ali cominada aos limites do recurso pressupõe a “procedência” dele, enquanto o eventual conhecimento oficioso dos “vícios” previstos no artigo 410.º, n.º 2 [homólogo ao art.º 400.º, n.º 2, do CPP de Macau], com a subsequente determinação do reenvio do processo, implicará, necessariamente, que se não conheça do objecto do recurso.”

– “Entendo, ainda, não ser decisiva a invocação do artigo 426.º [homólogo ao art.º 418.º, n.º 1, do CPP de Macau], uma vez que ele apenas visa esclarecer os efeitos dos “vícios”, naturalmente quando destes se conheça por servirem de fundamento ao recurso nos termos do artigo 410.º, n.º 2 [homólogo ao art.º 400.º, n.º 2, do CPP de Macau].”

Aliás, cabe notar ainda que apesar de o douto Acórdão do Venerando Tribunal de Última Instância de 30/7/2001, do seu Processo n.º 11/2001 (onde está em causa apenas um tema decidendo de foro cível), por

sua vez invocado no recente Acórdão do mesmo Órgão topo da hierarquia dos tribunais de Macau, defender o sentido do carácter officioso do conhecimento dos vícios do art.º 400.º, n.º 2, do CPP de Macau, num outro aresto desse mesmo Tribunal de Última Instância, com data anterior, de 7/2/2001, no seu Processo (de recurso penal) n.º 14/2001, já se pronunciou no sentido da delimitação do objecto do recurso penal pelas conclusões da motivação do recorrente, bem como da inaplicabilidade, a título subsidiário, do art.º 650.º do Código de Processo Civil de Macau aos eventuais casos de verificação dos vícios previstos no art.º 400.º, n.º 2, als. a) e/ou b) do CPP de Macau, nos termos seguintes:

– “... só nos limitaremos a resolver as questões concretamente postas pelo recorrente e delimitadas pelas conclusões da sua motivação de recurso, transitando em julgado as questões nelas não contidas” (cfr. a pág. 79 do aresto);

– e “... aos eventuais casos de verificação da “insuficiência para a decisão da matéria de facto provada” e/ou de “contradição insanável da fundamentação” no acórdão recorrido nos termos do art.º 400.º, n.º 2, als. a) e/ou b), do CPP, nunca se aplica, a título subsidiário, o art.º 650.º do Código de Processo Civil de Macau (CPC), com a epígrafe de “Insuficiência da matéria de facto e contradição na decisão de facto”, que preceitua que: “1. Se entender que a matéria de facto pode e deve ser ampliada para fundamentar a decisão de direito, ou que ocorrem contradições na decisão de facto que inviabilizam a decisão de direito, o Tribunal de Última Instância manda julgar novamente a causa no Tribunal de Segunda Instância.// 2. O Tribunal de Última Instância fixa logo o regime jurídico aplicável ao caso; se, por insuficiência da matéria de facto, ou contradição na decisão de

facto, o não puder fazer, fica a nova decisão que o Tribunal de Segunda Instância proferir sujeita a recurso para o Tribunal de Última Instância, nos mesmos termos que a primeira.”, dada a auto-suficiência do processo penal nesta matéria nos termos acima observados (cfr. o art.º 4.º do CPP).” (cfr. a pág. 81 a 81v do aresto.)

4. Assim sendo, são apenas as seguintes questões a conhecer:

4. 1. Do recurso do arguido A:

Questão única – Da medida da pena de prisão aplicada e da suspensão da execução da pena de prisão, com uma subquestão relativa à interpretação do art.º 66.º, n.º 2, al. f), do Código Penal de Macau (CP).

4. 2. Do recurso do arguido B:

A. – Da falta de indicação das razões substanciais que serviram para formar a convicção do tribunal (cfr. as conclusões d), e) e f) da motivação do recurso).

B. – Da falta de indicação das razões que presidiram à

determinação da medida da pena aplicada, com incidência à subquestão do princípio da proibição da dupla valoração na determinação da pena (cfr. as conclusões g), h), i), j), k), l), m), n) e o) da motivação do recurso).

C. – Do vício de excesso de pronúncia, por se ter condenado o recorrente por factos não descritos na acusação, sem lhe ter concedido prazo para a defesa (cfr. as conclusões p) e q) da motivação do recurso).

D. – E subsidiariamente, da correcção da medida da pena, por inaplicável a agravante qualificativa do art.º 10.º, al. d), do Decreto-Lei n.º 5/91/M (cfr. as conclusões r), s), t) e u) da motivação do recurso).

4. 3. Do recurso do arguido C:

A. – Da inexistência no acórdão recorrido da enumeração exaustiva, em termos de narração especificada, dos factos não provados (cfr. a conclusão 1 da motivação do recurso).

B. – Da falta de exposição, tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos de facto e de direito que fundamentam a decisão (cfr. a conclusão 1 da motivação do recurso).

C. – Do método proibido de prova por utilização de um meio enganoso (cfr. as conclusões 2 a 4 da motivação do recurso).

D. – Da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, dado o desconhecimento da quantidade da substância de MDMA contida nos comprimidos de MDMA encontrados na posse do

arguido (cfr. as conclusões 5 a 8 da motivação do recurso).

5. Sendo certo que **a eventual procedência de algum destes três recursos interpostos pelos arguidos A, B e C, acusados pelo Ministério Público como co-autores materiais de um crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, nunca aproveitará aos restantes cinco arguidos** também julgados juntamente com eles no mesmo processo penal donde advieram os presentes autos de recurso neste TSI, posto que estes outros cinco arguidos, de nome **D, E, F, G e H, não foram acusados pelo Ministério Público como co-autores nem como co-participantes daqueles três ora recorrentes, no cometimento do referido crime de tráfico do n.º 1 do art.º 8.º em causa**, isto tudo por força do disposto no art.º 392.º, n.ºs 1 e 2, al. a), do CPP quanto ao *âmbito do recurso*, interpretado *a contrario sensu*.

E pela mesmíssima razão, **a decisão ora recorrida deve ser considerada como já transitada em julgado em relação aos mesmos cinco arguidos ora não recorrentes**, porquanto estes, para além de nunca poderem aproveitar do resultado a dar aos três recursos ora *sub judice*, não recorreram do veredicto final do Tribunal *a quo*, nem o Ministério Público recorreu do mesmo por eles cinco, em defesa da legalidade.

6. E como de entre as diversas questões colocadas pelos três arguidos recorrentes, a eventual procedência do vício assacado pelo recorrente C ao acórdão recorrido, de “insuficiência para a decisão da matéria de facto provada” relativamente à quantidade ainda não apurada da “MDMA” contida

nos comprimidos de MDMA então encontrados na posse do mesmo recorrente para efeitos de determinação da norma incriminadora aplicável, como com efeitos eventualmente a relevar do disposto no art.º 418.º, n.º 1, do CPP, poderá prejudicar o conhecimento de demais questões postas pelos três recorrentes na presente lide recursória, devido ao estatuído no art.º 393.º, n.º 2, al. a), do CPP, por precisamente os três recorrentes terem sido acusados pelo Ministério Público como co-autores materiais de um crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, pese embora a matéria de facto a eles imputada na acusação pública não contenha elementos concretamente descritos acerca da comparticipação deles três no cometimento do crime em causa, **é de conhecer, de antemão, o recurso interposto pelo arguido C.**

Do recurso do arguido C:

Como das quatro questões colocadas por este arguido, a procedência do vício de “insuficiência para a decisão da matéria de facto provada” implica eventualmente o reenvio do processo para o novo julgamento na Primeira Instância, e, portanto, prejudica o conhecimento das restantes três questões postas, cuja procedência só acarreta a anulação do acórdão recorrido e/ou a não utilização, para efeitos de formação da convicção no julgamento da matéria de facto, da prova obtida mediante um meio enganoso ilegal, vamos conhecer primeiro da alegada insuficiência da matéria de facto para a decisão.

6. 1. – Da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, dado o desconhecimento da quantidade da substância de MDMA contida nos comprimidos de MDMA encontrados na posse do arguido (cfr. as conclusões 5 a 8 da motivação do recurso).

6. 1. A. O arguido C foi condenado pelo Tribunal recorrido pela autoria material, na forma consumada, de um crime do tráfico previsto no art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, pelos factos ali dados por assentes, e já transcritos acima no ponto A da Parte II do presente acórdão.

Vem agora o arguido suscitar a questão da insuficiência para a sua condenação no crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei referido, com fundamento na falta de apuramento de um facto necessário para a aplicação do tipo legal do art.º 8.º, n.º 1, do mesmo Decreto-Lei, qual seja, o respeitante à quantidade de substância de MDMA contida nos comprimidos de MDMA encontrados na sua posse, pois alega que sem saber a quantidade exacta da substância de MDMA aí contida, fica a dúvida se o total de substância contida nos comprimidos por ele traficados constitua ou não “quantidade diminuta” para efeitos da aplicação do tipo legal do crime de tráfico de quantidades diminutas do art.º 9.º do mesmo Decreto-Lei.

6. 1. B. Ora, como se sabe, e conforme com o entendimento veiculado, por todos, no aresto deste TSI, de 15/6/2000 no Processo n.º 92/2000, por seu turno citado pelo aresto deste TSI de 7/12/2000 no Processo n.º 130/2000 (cfr. ainda, os arestes deste TSI, de 14/6/2001 no Processo n.º 1/2001, e de 17/5/2001 no Processo n.º 63/2001):

– O vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, como tal previsto no art.º 400.º, n.º 2, al. a), do CPP, “só ocorre quando há *“uma lacuna no apuramento da matéria de facto necessária a uma decisão de direito”* (Prof. Germano Marques da Silva, apud *“Curso de Processo Penal”*, III, 325.

O vício prende-se com a verificação de serem, ou não, bastantes os factos para, subsumidos à lei aplicável, poderem gerar a conclusão lógica.

Não tem a ver com a mera insuficiência de prova. (...)

(...) Ainda ... recentemente, este Tribunal de Segunda Instância decidiu que: *“Só há insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, quando se verifica uma lacuna no apuramento desta matéria que impede a decisão de direito”* – Ac. de 3 de Fevereiro de 2000 – P. 1261 – ou *“quando se puder concluir que sem ela não é possível chegar-se à conclusão de direito encontrada (...)”*.

E ainda de acordo com o citado aresto de 7/12/2000 do Processo n.º 130/2000, na esteria dos arestos de 21/9/2000 do Processo n.º 135/2000, de 29/6/2000 do Processo n.º 101/2000, e de 3/5/2001 do Processo n.º 17/2001, ambos também deste TSI:

– “para poder permitir a reapreciação da matéria de facto considerada pelo Tribunal recorrido, o vício de “insuficiência para a decisão da matéria de facto provada”, tal como os restantes dois vícios taxativamente elencados no n.º 2 do art.º 400.º do CPP – a “contradição insanável da fundamentação” e o “erro notório na apreciação da prova” – tem que

decorrer da própria decisão recorrida, sem recurso a quaisquer elementos que lhe sejam externos, e há-de ser tão notoriamente evidente que não passe despercebido ao comum dos observadores, que o homem médio facilmente dê conta dele.”

6. 1. C. Esclarecidos que estão o sentido e alcance do conceito de “insuficiência para a decisão da matéria de facto provada”, vamos ver se o acórdão recorrido padece ou não deste vício.

O Tribunal recorrido acabou por condenar o arguido C como autor material, na forma consumada, de um crime do tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, com base nos seguintes factos dados por assentes, conforme o que se pode retirar do teor do aresto ora posto em crise (com a devida rectificação dos lapsos de escrita relativos à romanização do nome “C” e à “Tabela II-A”):

“No dia 29 de Abril de 2000, por volta das 00H40 da madrugada, o arguido D foi encaminhado por agentes da PJ à sua residência, sita na Rua XX, para aí procederem, os agentes, a uma busca, onde prenderam a I que se encontrava em Macau na situação de clandestinidade.

Da busca feita na residência do referido arguido, D, os agentes encontraram três sacos de plástico contendo no seu interior substância que suspeitavam tratar-se de droga.

Foi provado, do exame laboratorial, que tal substância, encontrada no interior dos sacos de plástico, continha **Canabis**, abrangida na Tabela I-C da lista anexa ao DL n.º 5/91/M, **com peso líquido de 1,088 gramas.**

Essa droga fora adquirida pelo aludido arguido junto do arguido C para

consumo pessoal.

Para capturar o arguido C, e mediante plano de agentes da PJ, o arguido D telefonou ao arguido C, combinando com ele encontrarem-se à entrada do Hotel Beverly, para transacção de droga.

Pelas 03H30 da mesma data, o arguido H foi apanhado por agentes policias no átrio do Hotel Beverly, tendo encontrado na sua posse **um comprimido**.

Submetido tal comprimido a exame laboratorial, foi provado conter **como composição MDMA**, abrangida na Tabela II-A da lista anexa ao DL n° 5/91/M.

Tal produto fora-lhe entregue pelo arguido C, a fim de ser entregue ao arguido D.

Logo a seguir, o arguido C foi apanhado por agentes no quarto K6 do Karaoke XX. Feita uma busca à viatura do mesmo arguido, com chapa de matrícula MG-XX-XX, foram encontrados **vinte e nove comprimidos**.

Do exame laboratorial a **que** tais comprimidos foram sujeitos foi provado **conterem como composição MDMA**, abrangida na Tabela II-A da lista anexa ao DL n° 5/91/M.

Tal droga fora adquirido pelo arguido C junto de desconhecidos para destiná-la à venda e cedê-la a terceiros.

Os arguidos B, C, A, D, E, F, G e H agiram consciente e livremente.

Tinham perfeito conhecimento das qualidades e características das drogas referenciadas.

Não beneficiavam de qualquer autorização legal que os permitissem assim agir.

Bem sabiam que tais condutas eram proibidas e punidas por lei.” (com sublinhado e letra em carregado nossos, naquilo que é pertinente para o arguido

C.)

E aplicando ao caso a jurisprudência que tem sido observada pelos tribunais de Macau no sentido de que *“no crime de tráfico de estupefacientes, atendendo ao fim que a lei penal quer dar protecção, está em causa não só a droga concretamente apreendida, num determinado processo, mas também a quantidade de droga que durante uma determinada época foi traficada pelo agente”* (cfr., por todos, o douto Acórdão do então Tribunal Superior de Justiça de Macau, de 19/5/1999, do Processo n.º 1068, *in Jurisprudência 1999*, I Tomo, pág. 729 a 736, e o recente aresto deste TSI, de 4/4/2002, do Processo n.º 39/2002), temos que o arguido C traficou, ao longo de uma mesma época acima descrita, ao total, 1,088 gramas líquidos de Cannabis e 30 comprimidos com composição da substância MDMA no seu interior, ou, “pelo menos”, um total de 1,088 gramas líquidos de Cannabis e 29 comprimidos com composição da substância MDMA no seu interior, se “se descontasse” aquele um comprimido com MDMA que “fora entregue pelo arguido C” ao arguido H “a fim de ser entregue ao arguido D”, por força da eventual procedência da questão também levantada pelo arguido ora recorrente C, relativa ao emprego de um método proibido de prova, eventualmente a conhecer em sede oportuna caso proceda o vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada ora em apreço.

6. 1. D. Poderá o arguido C ser condenado “desde já” como autor material, na forma consumada, de um crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, tal como o fez o Tribunal recorrido, com base

no facto aí comprovado de ter ele “traficado” durante a época em causa 1,088 gramas líquidos de Cannabis e “pelo menos” 29 (se não 30) comprimidos comprovadamente com MDMA no seu interior, sem ter apurado, porém, previamente e ao certo qual a quantidade exacta em termos líquidos do total da substância MDMA contida em todos esses comprimidos em causa?

Esta incógnita constitui, sem mais nem menos, a chave da questão ora em indagação.

E a ela, não podemos deixar de responder pela positiva, por seguintes feixes de razões.

6. 1. E. O tipo de crime pelo qual vinha condenado o arguido C é o do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, descrito nos seguintes termos:

“Quem, sem se encontrar autorizado, cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, puser à venda, distribuir, comprar, ceder ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fizer transitar ou ilicitamente detiver, fora dos casos previstos no artigo 23.º, substâncias e preparados compreendidos nas tabelas I a III será punido com a pena de prisão maior de 8 a 12 anos e multa de 5 000 a 700 000 patacas.”
(com sublinhado e o estilo em itálico nossos, naquilo que achamos com pertinência ao caso concreto do arguido C.)

Moldura penal esta, correspondente a este crime de tráfico do n.º 1 do

art.º 8.º, que é modificada no sentido de atenuação para a de prisão de 1 a 2 anos e de multa de 2 000 e 225 000 patacas, se os actos referidos no n.º 1 do art.º 8.º “tiverem por objecto *quantidades diminutas de substâncias ou preparados* compreendidos nas tabelas I a III” (conforme a norma do n.º 1 do art.º 9.º do mesmo Decreto-Lei n.º 5/91/M, com o estilo em itálico nosso).

Sobre estes termos preceituais, parece que ninguém tenha dúvida.

6. 1. F. Já pairam, porém, ultimamente as dissonâncias, mormente a nível da jurisprudência dos tribunais locais, em torno da interpretação e aplicação do disposto no n.º 3 do art.º 9.º do mesmo Decreto-Lei, segundo o qual:

“Quantidade diminuta para efeitos do disposto neste artigo é a que não excede o *necessário para consumo individual durante três dias*, reportando-se à *quantidade total das substâncias ou preparados* encontrados na disponibilidade do agente.” (com estilo em itálico nosso.)

É que até antes do surgimento e proliferação dos casos de tráfico de droga sintética nos tempos recentes (no sentido de em estado não puro, por misturada com outras substâncias) sob a forma de comprimidos ou pílulas ou até cápsulas (e não de *droga em estado puro* sob diversas formas fisicamente admissíveis), a norma do referido n.º 3 do art.º 9.º nunca colocou problemas de maior, mesmo que se tratasse de casos de heroína não pura sob a forma de pó ou pó creme, no qual se encontra misturada com outras substâncias, droga esta que, como se sabe, raramente se trafica no seu estado puro nas ruas.

No sentido da impureza da heroína vendida nas ruas, pode referir-se à “*Home Page*” na *Internet* do “*Department of Justice*” dos Estados Unidos da América (consabidamente com larga e secular experiência no combate às drogas), in “<http://www.usdoj.gov/dea/concern/heroin.html>”, onde se dá conta de que:

“Pure heroin is rarely hold on the street, and the average purity of heroin for major areas nationally averaged about 37.2 percent in 2000. A “bag” -slang for a small unit of heroin sold on the street- currently contains about 30 to 50 milligrams of powder; only a portion of which is heroin; the remainder could be sugar, starch, acetaminophen, procaine, benzocaine, or quinine, to name a few of the cutting agents for heroin. Traditionally, the purity of heroin in a bag ranged from 1 to 10 percent. More recently, heroin purity has ranged from about 10 to 70 percent.

(...)

On the street, heroin purity and price often reflect the drug’s availability. High purities and low prices, for example, indicate that heroin supplies are readily available. DEA’s Domestic Monitor Program (DMP), a retail heroin purchase program, tracks urban street-level heroin purity and price. The most recent data available show that, in 2000, the nationwide average purity for retail heroin from all sources was 36.8 percent. This number is significantly higher than the average of 7 percent reported two decades ago and higher than the 26 percent recorded in 1991. The significant rise in average purity corresponds to the increased availability of high-purity SA heroin, particularly in the northeastern United States.

Moreover, the DMP indicated that the retail purity of SA heroin was the highest for any source, averaging 48.1 percent in 2000. SWA heroin followed with a 34.6

percent average and Mexican heroin averaged 20.8 percent. Heroin purity at the street level generally remained highest in the northeastern United States, where most of the nation's user population lives. In 2000, Philadelphia recorded the DMP's highest heroin purity average of 74.0 percent over the last several years, Philadelphia has ranked consistently at or near the top in DMP retail heroin purity levels. (...)"

Daí que, por exemplo, na vizinha Região de Hong Kong, as heroínas são comum e designadamente classificadas como “heroína n.º 3” ou “heroína n.º 4”, consoante o grau de pureza da heroína (neste sentido, cfr., aliás, o entendimento constante da dita Declaração de Voto Vencido redigida em chinês pelo ora 2.º Adjunto e Presidente deste TSI, junta ao Acórdão de 16/5/2002, do Processo n.º 41/2000).

Diz-se acima que o preceito do n.º 3 do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M em análise não colocou problema nenhum, porquanto até o então Tribunal Superior de Justiça de Macau, num dos seus doutos arestos (i. e., o Acórdão de 9/4/1997 do Recurso Penal n.º 638, citado pela referida Declaração de Voto Vencido) julgou verificado, na mesma, o crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, face aos apenas provados 8,4 gramas de pó creme de heroína, sem apurar de antemão da quantidade líquida da heroína pura contida nesse pó creme (e não aos “comprovados” 8,4 gramas de heroína pura contida nesse pó creme), na esteira da jurisprudência anteriormente feita pelo mesmo Tribunal no sentido de que reportando-se à heroína, a quantidade diária necessária a um consumidor é de 2 (dois) gramas (cfr. os seus Acórdãos de 9/6/1993 no Recurso n.º 9, e de 24/4/1996 no Recurso n.º 453), jurisprudência esta que tem vindo a ser seguida também

pelos tribunais desta R.A.E.M..

6. 1. G. Entrementes, com o aparecimento nos nossos tribunais actuais, de processos penais relativos ao imputado crime de tráfico de comprimidos de MDMA, levantam-se dúvidas metódicas quanto ao critério a utilizar para a definição da “quantidade diminuta” para efeitos do disposto no n.º 1 do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

Assim, segundo as opiniões de uns, que culminaram recentemente na tese expressa no douto Acórdão do Venerando Tribunal de Última Instância, de 30/5/2002, do Processo n.º 7/2002:

– “sendo quantidade diminuta a que não excede o necessário para consumo individual durante três dias, é de meridiana clareza que, *em regra*, será necessário conhecer a quantidade de substância estupefaciente contida nos comprimidos apreendidos, posto que seja possível fazer o exame apropriado, por isso que tal quantidade poderá variar de uns casos para outros.

É que se, por exemplo, uma unidade contiver alto grau de pureza, cinco comprimidos poderão já não constituir quantidade diminuta. Se a unidade contiver uma quantidade ínfima de estupefacientes já o número de algumas dezenas de comprimidos poderá ser o necessário para consumo individual durante três dias e, por isso, constituir “quantidade diminuta” para efeitos do disposto no art. 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M.

Foi também o que entendeu o legislador português, que emitiu um diploma, a Portaria n.º 94/96, de 26.3, onde indicou os limites quantitativos máximos para cada

dose média individual diária das plantas, substâncias ou preparações constantes das tabelas I a IV anexas ao Decreto-Lei n.º 15/93, de 22.1, que é o diploma legal homólogo ao nosso Decreto-Lei n.º 5/91/M. Na verdade, no mapa a que se refere o n.º 9 da Portaria, mesmos os preparados sintéticos que, normalmente, são consumidos sob a forma de comprimidos ou pílulas, as respectivas quantidades diárias aparecem aí descritas sob o seu peso em gramas [g] ou microgramas [μ g] e nunca em número de unidades de comprimidos.

Podemos ainda invocar o exemplo dos Estados Unidos da América (EUA), que tem, como se sabe, larga experiência no combate ao tráfico de drogas.

A legislação norte-americana, que pune o tráfico de estupefacientes, contém vários escalões punitivos segundo a quantidade de substâncias estupefaciente detida ou traficada.

No escalão máximo, punível com a pena de prisão não inferior a 10 anos e não superior a prisão perpétua estão determinadas quantidades mínimas de estupefacientes:

- 1 kg ou mais de uma mistura ou substância contendo uma quantidade detectável de *heroína*;
- 5 kg ou mais de uma mistura ou substância contendo uma quantidade detectável de folhas de *coca*, etc.;
- 50 g ou mais de uma mistura ou substância contendo base de cocaína;
- ...
- 10 g ou mais de uma mistura ou substância contendo uma quantidade

detectável de *LSD*;

...

- 100 g ou mais de *metanfetamina*, dos seus sais, isómeros e sais dos seus isómeros ou 1 kg ou mais de uma mistura ou substância contendo uma quantidade detectável de *metanfetamina*, dos seus sais, isómeros e sais dos seus isómeros.

Pois bem, mesmo relativamente às substâncias sintéticas atrás mencionadas, sob a forma de comprimidos ou pílulas, entre elas a *metanfetamina*, nunca a legislação dos EUA se refere às quantidades em unidades de comprimidos, mas sempre às quantidades de substâncias estupefacientes, para efeitos da sua punição.

E nem se diga – e foi este *o único argumento* aduzido (...) para vingar a tese de que quando a droga for do tipo sintético, em comprimidos ou pílulas, só é de considerar o número de unidades e não a quantidade de estupefaciente – que nas drogas sintéticas fabricadas sob a forma de comprimido, por efeito da mistura das substâncias, pode ocasionar efeitos mais nocivos para a saúde dos consumidores.

Mesmo na economia desta tese seria fundamental demonstrar-se que, *no caso concreto*, o produto sob a forma de comprimido, por via das outras substâncias constituintes, é mais nocivo para a saúde que a substância estupefaciente na forma pura, naquele contida. Não se olvide que estamos no campo do Direito Penal, bastando apenas recordar o princípio *nulla poena sine culpa*, sem necessidade de outras consideração adjuvantes. E não se vislumbra qualquer facto provado na matéria.

Mas esta tese não é aceitável porque não tem em consideração que as penas dos crimes dos arts. 8.º e 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M são as que constam das

normas em referência porque está em causa o tráfico de *substâncias estupefacientes ou psicotrópicas*. O Decreto-Lei n.º 5/91/M e os seus tipos criminais dele constantes nada têm que ver com detenção, venda ou comercialização de *produtos prejudiciais à saúde pública*, que está prevista na Lei n.º 6/96/M, de 15.7, diploma que regula o regime jurídico das infracções contra a saúde pública e contra a economia e no art. 269.º do Código Penal, que pune a comercialização de substâncias destinadas a consumo alheio criando perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física de outrem.” (cfr. o mesmo douto Acórdão do Venerando Tribunal de Última Instância, e *sic.*)

Para outros:

– o preceito do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M não exige peremptoriamente, para a aplicação do seu n.º 3, a determinação da quantidade da substância ou preparado em causa em termos do seu peso líquido, para qualquer situação concreta que seja, daí que no caso concreto de um certo número de comprimidos comprovadamente com metanfetamina no seu interior, a solução a dar à questão fulcral (como a em causa neste ponto do recurso do arguido C, com a única diferença em que a substância em consideração é MDMA e não metanfetamina) não se traduz em se saber se a quantidade líquida de metanfetamina contida nos comprimidos em causa nos autos constitui “quantidade diminuta” nos termos e para os efeitos do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, mas sim passa necessariamente pela consideração do número dos comprimidos em causa para efeitos de saber se é de aplicar o tipo privilegiado do crime do referido art.º 9. (cfr., neste sentido, o nosso aresto deste TSI, de 4/4/2002, do Processo n.º 39/2002).

6. 1. H. Ora, nesta sede recursória, e para resolver a questão da alegada existência do vício de “insuficiência para a decisão da matéria de facto provada” agora posta pelo recorrente C, cumpre indagar se é de seguir também o entendimento vertido no douto Acórdão do Venerando Tribunal de Última Instância de 30/5/2002 do Processo n.º 7/2002 na parte acima transcrita, ou continuar a acompanhar a posição de vencimento expressa no nosso acima referido aresto de 4/4/2002 do Processo n.º 39/2002, já que aquele douto aresto, como não está munido da força obrigatória geral para os tribunais de Macau, só tem valor próprio de jurisprudência normal em relação ao presente processo.

6. 1. I. Pois bem, meditando novamente sobre a problemática em apreço, cremos que ser de manter a posição acima descrita e já com expressão no referido aresto de 4/4/2002 do Processo n.º 39/2002 deste TSI, ou seja, o entendimento de que “o preceito do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M não exige peremptoriamente, para a aplicação do seu n.º 3, a determinação da quantidade da substância ou preparado em causa em termos do seu peso líquido, para qualquer situação concreta que seja”, posto que:

Para os efeitos eventualmente a resultar do n.º 1 do art.º 9.º do mesmo Decreto-Lei, ora em causa na questão *sub judice*, há que atender necessariamente às circunstâncias em que é consumida a droga considerada, daí precisamente o espírito do disposto no n.º 5 do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, ao abrigo do qual a concretização da quantidade diminuta para cada uma das substâncias e produtos mais correntes no tráfico para efeitos do

disposto no art.º 9.º será apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente. E com pertinência a este preciso ponto, pode referir-se ao douto Acórdão do Tribunal do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 28/5/1992, do Processo n.º 042693, *in* “[http://www.dgsi.pt/...](http://www.dgsi.pt/)”, aqui tido necessariamente e apenas como doutrina, segundo o qual não se tendo provado quais as quantidades de droga consumidas pelo agente e se o fazia todos os dias, haverá que aferir as suas necessidades de consumo pelas da generalidade dos consumidores nas suas condições.

6. 1. J. Pois, por exemplo, e na parte que ora a nós interessa na presente lide, a MDMA é consumida normalmente por participantes de “*rave party*” ou frequentadores de “*night-club*” e “*bar*”, ou mesmo de festas ou convívios em privado, usualmente através da ingestão oral dos respectivos comprimidos. Assim, não é pensável que uma pessoa do tipo de homem médio colocada na situação concreta dos participantes de “*rave party*” ou frequentadores de “*night-club*” e “*bar*”, precise de consumir, durante três dias, 29 comprimidos de MDMA com a substância de MDMA no seu interior como tais apurados nos presentes autos, à luz da nossa convicção formada livremente segundo as regras da experiência da vida humana, explicitadas densificadamente pelas seguintes considerações ou dados científicos:

- nos E.U.A., país com larga experiência no combate ao tráfico ilegal de drogas, hoje em dia, MDMA é extremamente popular no seio de adolescentes de “*middle-class*” e adultos jovens

participantes de “*rave party*”; é habitualmente distribuída sob a forma de comprimido em “*night-club*” ou “*bar*”, e tomada usualmente por ingestão oral a doses que variam de 2 a 10 mg por quilo de peso do corpo do seu consumidor; cada comprimido de MDMA, com um peso que varia entre 150 a 350 mg, contém usualmente 70 a 120 mg da substância pura da MDMA; depois de ingerida oralmente, os efeitos da MDMA são sentidos dentro de 30 a 45 minutos, atingindo eles ao clímax a 60 a 90 minutos após a ingestão, durando 4 a 6 horas; como são produzidos em laboratórios clandestinos, raramente os comprimidos da MDMA são puros (dados estes obtidos através da mesma “*Home Page*” na *Internet* do “*Department of Justice*” dos E.U.A., in “www.usdoj.gov/dea/concern/mdma/mdma.html”);

- pode a MDMA “aparecer misturada com impurezas (por exemplo, MDA, cafeína) ou ainda em associação com heroína” (como prova concreta da justeza deste dado temos o caso de a grande maioria esmagadora dos comprimidos traficados pelo arguido C conter no seu interior, para além da substância da MDMA, também a cafeína – cfr. o relatório laboratorial junto aos autos), sendo, em Portugal, de 0,1 grama da substância pura “o limite quantitativo máximo” para cada dose média individual diária”, estabelecido pelos Ministérios da Justiça e da Saúde do Governo Português, “com base em dados epidemiológicos referentes ao uso habitual”, tendo em conta as “doses médias habituais referidas na literatura, que variam entre 80 mg e 160 mg (ca. 2 mg/kg) da substância

pura” (isto segundo as notas (1), (2) e (3) g) em rodapé do “MAPA A QUE SE REFERE O N.º 9.º” da Portaria n.º 94/96, de 26 de Março, publicada no *Diário da República Portuguesa*, I-B, n.º 73, de 26/3/1996, rectificada por declaração de rectificação n.º 11-H/96, publicada na folha oficial, I-B, n.º 149 (3.º suplemento), de 29/6/1996);

– e do lado de Macau, e segundo o “Relatório Científico” elaborado para o Ministério Público, em 6/3/2001, pelo Médico Dr. Ho Chi Veng da Consulta Externa de Psiquiatria dos Serviços de Saúde do Governo da R.A.E.M. (cuja cópia se acha junta aos presentes autos a fls. 1052 a 1054):

- um consumidor da MDMA precisa, em geral, de 80 a 150 mg desta substância por dia;
- um comprimido fabricado através da mistura de diversas substâncias activas psiquiátricas em doses diferentes, produz mais efeitos e de natureza mais diferente do que os de uma única substância considerada, pelo que será contrário ao espírito inicial da lei o método de definição da “quantidade para consumo de três dias” com base na quantidade de cada uma das substâncias únicas sintetizadas num mesmo comprimido, daí que sugere que sob o ponto de vista da aplicação da lei de droga, no que toca à fixação da quantidade que não excede o necessário para consumo individual durante três dias, se considere

como unidade desta quantidade o número de comprimidos em causa, desde que se tenha detectado na sua composição a existência de uma ou mais substâncias controladas pela lei de droga (a este sentido concorre o entendimento por nós vertido no aresto deste TSI, de 4/4/2002, no Processo n.º 39/2002);

– assim, em concreto, se sugere que a quantidade que não excede o necessário para consumo individual durante três dias seja fixada em 6 (seis) ou 10 (dez) comprimidos de MDMA, para a aplicação mais apertada ou mais frouxa da lei, respectivamente, critérios estes para nós razoáveis, e como prova disto fica o caso concreto do arguido C, que até aceitou, para o cartel de seus negócios, a oferta de aquisição de *um só* comprimido de MDMA, feita pelo arguido D, o que lhe levou a mandar o arguido H a entregar o comprimido em causa a este no Hotel Beverly, o que indica fortemente que são frequentes no mercado clandestino, transacções que tenham por objecto um número muito reduzido de comprimidos de MDMA, sinal também de que um dado consumidor só precisa de consumir um número muito reduzido desses comprimidos “por dia”;

– e vendem-se (pelo menos por pequenos “retalhistas”) e adquirem-se (por seus consumidores comuns acima referidos) os comprimidos de MDMA por número de comprimidos, e com

preços calculados e cobrados também por número de comprimidos, e não por X grama(s) (ou outra unidade de peso) de quantidade líquida da substância pura de MDMA contida no interior dos comprimidos, nem por X grama(s) (ou outra unidade de peso) de comprimidos de MDMA, visto que como os comprimidos de MDMA que se vendem ilegalmente são fabricados clandestinamente, sem controlo rigoroso da qualidade, nem etiqueta identificativa dos seus ingredientes, os normais retalhistas dos mesmos não sabem com certeza qual a quantidade líquida da substância activa ou pura de MDMA contida em cada um dos comprimidos, quantidade pura esta que até pode variar de comprimido para comprimido, por um lado, e, por um lado, quanto aos seus consumidores adquirentes, como é possível saber de antemão e ao exacto a quantidade da substância pura de MDMA contida em cada um dos comprimidos de MDMA a adquirir àqueles, se for dado já adquirido de que esta quantidade só se pode apurar através de exames ou testes laboratoriais com recurso a equipamentos ou aparelhos científicos algo sofisticados? Por outra banda, e abstraindo-se da dificuldade se não mesmo impossibilidade acabada de ser referida, não é imaginável que os retalhistas e os consumidores comuns vendem e adquiram os comprimidos de MDMA no mesmo acto de transacção bilateral e sinalagmático por unidades de peso do total dos comprimidos em mira, já que para o efeito terão que ser munidos de “pesadoras” próprias (a fim de certificar ao certo se o peso corresponde ao

negociado, para efeitos de pagamento de preço, por exemplo), que constituem um todo inconveniente para a celeridade da transacção, que ainda por cima tem que ser feita às escuras.

6. I. L. Cabe notar que:

O critério por nós proposto no referido aresto de 4/4/2002 do Processo n.º 39/2002 para a aplicação do n.º 3 do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M a respeito da questão da quantidade diminuta, não pode ser entendido como sendo susceptível de, “pelo menos, atenta a forma como vem consignado”, “implicar que se considere, que, quando a “substância proibida” se apresente em “pó”, a mesma o seria necessariamente na sua “forma pura” e que, quando em “comprimidos”, que não o estaria em tal estado de pureza, o que, como se sabe, pode não suceder” (cfr. a dita Declaração de Voto Vencido da pena do Mm.º Juiz Relator do Processo n.º 39/2002 deste TSI, junta ao referido Acórdão de 4/4/2002).

Porque, se devidamente interpretado, logicamente à luz do contexto da própria fundamentação fáctica e jurídica desse aresto, os termos pelos quais foi formulado o critério em causa, e, em especial, em necessária conjugação com os seguintes dizeres a propósito do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M “Ademais, este preceito não exige peremptoriamente, para a aplicação do seu n.º 3, a determinação da quantidade da substância ou preparado em causa em termos do seu peso líquido, para qualquer situação concreta que seja” (com sublinhado agora posto), bem como tida em consideração a sintaxe de regência nas expressões empregues na redacção dos critérios “se a droga traficada for em estado puro, por exemplo, sob a forma de cristais ou de pó, então há que determinar a sua quantidade

em termos do seu peso líquido, para efeitos de apurar se se trate de “quantidade diminuta”, com relevância para a aplicabilidade do tipo legal do crime do “tráfico de quantidades diminutas”, p. e p. pelo art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M:// se, porém, a droga em causa for do tipo “sintético” em comprimidos ou pílulas, só é de considerar o número dos mesmos em termos de unidade para os efeitos penais eventualmente a relevar do tipo legal do art.º 9.º do dito Decreto-Lei”, critério este assim expresso depois de se ter afirmar no texto do acórdão que “tem que observar obrigatoriamente o pressuposto de que há que separar bem as águas de modo seguinte” (cfr. o teor das págs. 15 e 16 do aresto), é fácil de verificar que a expressão “sob a forma de cristais ou de pó” só se destina a exemplificar (até literalmente pela própria expressão “por exemplo”) algumas formas de apresentação física de uma droga em estado puro, o que não exclui logicamente a hipótese contrária de que quando a droga se apresente em pó, a mesma não é na sua forma pura, nem a possibilidade de que quando em comprimidos, está em estado puro.

É que a separação das águas ali operada foi procedida através da bipartição entre “a droga em estado puro” e “a droga do tipo sintético”, e não entre “a forma de cristais ou de pó” e “a forma de comprimidos ou pílulas”.

Por outra banda:

Nem se diga que “o “princípio” vertido ... mostra-se..., no mínimo, falível, nomeadamente, dado ter como suporte uma situação hipotética, (pois, nela se afirma: “Isto tudo em virtude de poder suceder ...”)...” (cfr. a mesma douta Declaração de Voto Vencido da pena do Mm.º Juiz Relator do Processo n.º 39/2002 deste TSI, junta ao referido Acórdão de 4/4/2002).

Isto porque:

As considerações de que “Isto tudo precisamente em virtude de poder suceder que as drogas “sintéticas” fabricadas sob a forma de comprimido ou de pílula, por efeito da mistura das substâncias nele contidas, umas principais e outras acessórias e algumas das quais até desconhecidas, consiga acarretar efeitos mais nocivos para a saúde dos seus potenciais consumidores (aliás, o próprio recorrente admite na conclusão 6.^a da sua motivação que a Ketamina é “uma substância anestésica muito poderosa com efeitos analgésicos e amnésicos” (*sic*)” (cfr. o último parágrafo da pág. 15 do aresto em referência), foram tecidas como uma das “razões de ciência” que levaram à formação da “livre convicção” em sede do n.º 5 do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, e à adopção do critério em causa para o mesmo efeito.

Razão de ciência esta que se baseou nas informações e dados da Medicina no sector de Psiquiatria, conhecidos pelo tribunal no exercício das funções noutros processos de recurso penal com questão a resolver semelhante à situação fáctica então em causa no Processo n.º 39/2002, nomeadamente por causa da junção a esses autos, por parte do Ministério Público, de um mesmo “Relatório Científico” elaborado pelos Serviços de Saúde de Macau, já acima mencionado em concreto, com valor pericial no sentido de referência académica, aquando da formação da “livre convicção” também em sede do n.º 5 do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M. Assim, nem se diga que esta razão de ciência, “não é aceitável porque não tem em consideração que as penas dos crimes dos arts. 8.º e 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M são as que constam das normas em referência porque está em causa o tráfico de *substâncias estupefacientes ou psicotrópicas*” (cfr. estes mesmos termos do douto

Acórdão do Venerando Tribunal de Última Instância, de 30/5/2002, do Processo n.º 7/2002), visto que independentemente da análise e interpretação a fazer à Lei n.º 6/96/M, de 15 de Julho, e ao art.º 269.º do Código Penal de Macau, está líquido que o bem jurídico em causa no crime de tráfico previsto nos seus termos fundamentais no art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M é, consabidamente, a saúde pública, na dupla vertente física e moral (neste entendimento, cfr., por todos, o douto Aresto do Tribunal da Relação de Lisboa de Portugal, de 20/3/2002, do Processo n.º 13074/2001 (3.ª Secção), tido aqui necessariamente e apenas como doutrina).

Do exposto se deduz que as considerações *supra* cotadas de “Isto tudo precisamente em virtude de ...” não carecem de “prova da sua verdade” no âmbito do próprio processo em causa, tal como o tribunal ou juiz julgador não precisa de fazer a “prova da verdade” da sua “livre convicção” na apreciação da prova formada nos termos do art.º 114.º do CPP, convicção esta que só é sindicável no caso de erro manifesto por contrariar às regras de experiência da normalidade das situações da vida humana ou até *legis artis* vigentes nos trabalhos jurisdicionais.

Isto tudo por uma razão muito simples: exigir a prova da verdade das regras da experiência acarreta a negação da existência das próprias regras da experiência, o que se nos afigura um contrasenso. Assim, aquele que alega, para secundar a sua íntima convicção sobre um determinado estado de coisas, uma regra da experiência do tipo “quem semeia, colhe tempestidade”, não precisa de provar a verdade deste ditado popular.

Por isso, aliás, o mesmo Mm.º Juiz Relator do Processo n.º 39/2002,

teoricamente falando, também não precisa de provar, para secundar a pretensa justeza da sua posição veiculada na sua douta Declaração de Voto Vencido ali junta, a verdade da “situação hipotética” por ele exposta no sentido de que “quando a “substância proibida” se apresente em “pó”, a mesma o seria necessariamente na sua “forma pura” e que, quando em “comprimidos”, que não o estaria em tal estado de pureza, o que, como se sabe, pode não suceder”.

Nem o Venerando Tribunal de Última Instância precisou de provar, no âmbito do Processo n.º 7/2002, a verdade, por exemplo, da sua observação de que “Um comprimido contendo uma substância estupefaciente e outros componentes pode ter, em abstracto, quantidades muito diversas da substância estupefaciente, como é de toda a evidência e não necessita de qualquer explicitação. Mesmo comprimidos para tratamento médico, de uma mesma marca comercial, e com um determinado princípio activo têm, frequentemente, quantidades diversas do princípio activo, por exemplo, com 100 mg, 250 mg ou 500 mg, com vista à prescrição clínica e tendo em atenção o doente a que se destinam, o agente bacteriano ou outro que se destinam a combater e a gravidade da doença” (*sic*).

6. 1. M. Com o *supra* exposto, fica elucidado que com a adopção dos critérios por nós defendidos acima a respeito da interpretação e aplicação dos n.ºs 3 e 5 do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, não pode haver lugar à violação do princípio regente do Direito Penal de que *nulla poena sine culpa* (em sentido contrário neste ponto, cfr. o douto Acórdão do Venerando Tribunal de Última Instância acima referido), visto que:

É o espírito ínsito no próprio preceito do n.º 5 deste art.º 9.º que nos

permite formar um juízo de valor acerca da verificação ou não de quantidade diminuta, com base na *livre convicção da entidade competente* e segundo as regras da experiência, por um lado, e, por outro, é também a própria norma do n.º 3.º que nos remeta para a consideração da “quantidade total das substâncias ou preparados encontrados na disponibilidade do agente”, preceito este que sob a égide de uma interpretação necessariamente declarativa, compreende também a hipótese da consideração da “quantidade total dos preparados da substância em causa” (conceito de *preparado* este que pode abranger “produto resultante da preparação da substância através da sintetização ou de mistura da mesma com outras substâncias ou impurezas”, quer este produto ou preparação seja de fabricação autorizada, quer seja de laboração clandestina), e já não a hipótese de consideração da “quantidade total apenas da substância em causa”, a resultar eventualmente de uma interpretação restritiva se não mesmo algo correctiva, não legitimada, da mesma norma.

Ademais, e ao invés, afigura-se-nos que a seguir a tese contrária à por nós assumida acima, ir-se-á tornar o princípio de que “não há crime nem pena sem lei” na situação eventual de “não há crime nem pena mesmo com a lei”, uma vez que:

Se está provado que o agente traficou, pelo menos, numa determinada época apurada, 29 comprimidos que contêm no seu interior comprovadamente a substância de MDMA, que o mesmo o fez consciente e voluntariamente, sabendo que se tratavam de 29 comprimidos que contêm no seu interior a MDMA apesar de não saber, ao certo, a quantidade líquida da mesma substância activa (já que nem teve condições fácticas ou laboratoriais

que o permitisse examinar ou certificar a quantidade líquida da substância pura de MDMA em causa, conforme já por nós visto no ponto **6. 1. J.** acima), que esse número de 29 comprimidos com composição de MDMA como “preparado da substância” MDMA proibida pela lei no caso mormente do seu tráfico ilegal, excede, segundo a livre convicção formada à luz do espírito do n.º 5 do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, o necessário para o consumo individual durante três dias para qualquer homem médio colocado na situação concreta do agente, atentas as condições, situações e modo normais em que esses comprimidos de MDMA são consumidos habitualmente, tal como constatadas pelas regras da experiência humana nessa área, e, apesar disto tudo, não o pune desde logo como autor do crime de tráfico do art.º 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M apenas com fundamento na falta de apuramento da quantidade total de substância de MDMA contida nesses comprimidos, falta esta que alegadamente impossibilita a formação da convicção da entidade julgadora se os comprimidos em causa são ou não “de quantidade que não excede o necessário para o consumo individual durante três dias” (pois se considera, por exemplo, que se “uma unidade contiver alto grau de pureza, cinco comprimidos poderão já não constituir quantidade diminuta. Se a unidade contiver uma quantidade ínfima de estupefaciente já o número de algumas dezenas de comprimidos poderá ser o necessário para consumo individual durante três dias e, por isso, constituir “quantidade diminuta” para efeitos do disposto no art. 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M”, isto cfr. o mesmo douto Aresto de 30/5/2002 do Venerando Tribunal de Última Instância), não se estará a criar uma situação semelhante à de “não há crime nem pena mesmo com a lei”?

Com a agravante de que também pelas regras da experiência humana no

mercado de transacções clandestinas da droga, um traficante deste tipo de comprimidos de droga, com uma quantidade tão ínfima da substância estupefaciente ou psicotrópica em causa, dificilmente se não mesmo impossível pode sobreviver nesse mercado, face às regras próprias da concorrência com outros traficantes, e devido ao facto de nenhum consumidor se dispor a ingerir, a não ser por ter sido enganado à primeira vez por aquele traficante, dezena(s) de comprimidos deste tipo por dia, para poder gozar dos efeitos da substância estupefaciente ou psicotrópica em causa.

Na verdade, no nosso modesto entender, e no exemplo acima acabado de descrito, a punição desde logo à luz do crime do art.º 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, daquele traficante de 29 comprimidos de MDMA sem saber de antemão e ao certo da quantidade da MDMA neles contida, não acarreta a violação deste tipo legal, nem do “tipo legal” do art.º 9.º, n.º 1, do mesmo diploma, porquanto a situação fáctica tal como descrita (e aliás como a provada nos presentes autos em relação ao arguido C) integra precisamente o tipo-de-ilícito do tráfico do art.º 8.º, n.º 1, não sendo de aplicar a “circunstância modificativa atenuante” prevista nos termos do art.º 9.º, n.º 1, porque da livre convicção formada pelo julgador o número de comprimidos de MDMA provados e como tal provados em causa, não se enquadra no conceito de “quantidade diminuta”.

Aliás, cremos que ao aplicar, em especial, a norma do n.º 3 do art.º 9.º, o foco não deve incidir sobre o termo “substâncias”, mas sim também, no caso em que for também aplicável, sobre o termo “preparados” das substâncias em causa. Por outro lado, ao definir a “quantidade diminuta” para cada tipo de

substância ou preparado em consideração, não se pode olhar demasiadamente à sua quantidade letal, mas sim mais propriamente à “quantidade que não excede o necessário para consumo individual durante três dias”, como diz expressamente a lei.

6. 1. N. Na esteira do nosso raciocínio acima exposto, quer-nos parecer que não possa pesar o argumento de que a condenação de um agente pelo crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, com a moldura penal do tipo fundamental, na pena de prisão, de 8 a 12 anos, apenas por ter traficado 29 comprimidos de MDMA sem saber, ainda por cima, se a quantidade líquida da substância pura de MDMA neles contida constitui ou não quantidade diminuta para efeitos do art.º 9.º, n.º 3, é injusta se não mesmo algo precipitada. A esta preocupação, apenas nos cumpre dizer que *dura lex sed lex*, porquanto aos tribunais só cabe aplicar a lei, sendo certo que a questão da correcção da rigidez do limite mínimo de 8 anos de prisão para o tráfico não autorizado de drogas ditas leves só é susceptível de apreciação no seio do Poder Legislativo, naturalmente em função da evolução das coisas a nível mundial e do consenso da população local nessa matéria.

6. 1. O. Outrossim, a tese expressa nomeadamente no douto Aresto de 30/5/2002 do Venerando Tribunal de Última Instância mostra-se-nos algo inviável em suas todas as potencialidades.

Em primeiro lugar:

Se se estar em causa centenas, milhares ou até dezenas de milhares de comprimidos de MDMA, será necessário ainda o apuramento da quantidade líquida da substância pura de MDMA contida em cada um desses comprimidos? E ainda nesta hipótese fáctica, se apesar de se provar o tráfico desse número de comprimidos numa mesma determinada época, a maior parte dos quais já tiverem sido vendidos ou ingeridos por seus consumidores, só restando, pois, 30 ou 29 comprimidos do tipo em causa, então é necessário proceder ainda ao exame laboratorial daqueles “desaparecidos” dos autos, para apurar a quantidade total da substância pura de MDMA contida em cada um de todos os comprimidos em causa? E se não, será justo condenar o mesmo agente traficante apenas pela moldura penal do art.º 9.º, n.º 1, se vier a saber, através dos exames laboratoriais tecnicamente possíveis, que a quantidade total da substância de MDMA contida nos remanescentes 30 ou 29 comprimidos de MDMA não ultrapassa o 0,3 grama, se tomado como bom o quantitativo máximo para cada dose média individual diária da substância pura de MDMA, por exemplo fixada com valor pericial no Mapa anexo à Portaria n.º 94/96, de 26 de Março, de Portugal?

E se, independentemente do demais, não for tecnicamente possível o apuramento laboratorial ou científico da quantidade líquida da substância pura de uma determinada substância estupefaciente ou psicotrópica controlada por diversas tabelas anexas ao nosso Decreto-Lei n.º 5/91/M, *quid juris?*

E se vingar a tese contrária à nossa, haverá que, nos casos futuros de julgamento de imputados crimes de tráfico relativos à heroína ou cocaína, etc., proceder ao exame laboratorial ou científico da quantidade líquida da

heroína ou cocaína pura?

Nessas situações, cremos que a solução ao problema se traduz ao fim e ao cabo, e como o devido, no recurso à livre convicção do julgador e às regras da experiência, por obediência ao espírito afluído no n.º 5 do art.º 9.º do mesmo Decreto-Lei.

Até porque se se provar nos autos que o agente traficante não se conforma de maneira alguma com o total da quantidade líquida da substância estupefaciente ou psicotrópica em causa, apurado por exames laboratoriais ou científicos feitos, por o reputar como excessivo à quantidade líquida da substância pura por ele inicialmente pressuposta, já que para ele, ele só quis traficar voluntariamente e mesmo contra a lei e só sabia que estava a traficar 29 ou 30 comprimidos, por exemplo, de MDMA, irá o mesmo agente condenado apenas a título de negligência (já que para verificação do juízo de culpabilidade, em sede de dolo, da prática de um crime, há que se certificar previamente da verificação do elemento intelectual, para além obviamente do elemento volitivo do dolo)? (E para demais considerações nossas com pertinência a este ponto, cfr. o último parágrafo do ponto **6. 1. J. *supra***, e neste preciso ponto, cfr. também a douta Declaração de Voto Vencido junta ao Acórdão deste TSI, de 15/5/2002, do Processo n.º 41/2000, já acima referido.)

E mesmo que se prove em relação ao agente que a realização de factos integradores do tipo de crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, tenha chegado a ser representada por ele próprio como consequência dessa sua conduta, nunca haverá lugar à sua condenação a título de dolo directo, ou pelo menos

necessário, porquanto nunca ele tenha sabido de antemão, e ao certo, a quantidade líquida da substância pura de MDMA contida em cada um dos comprimidos de MDMA traficados por ele, a qual poderá vir a ser considerada como de quantidade diminuta para os efeitos do art.º 9.º, n.º 1.

É por causa destas dúvidas que entendemos ser de defender a bipartição entre as drogas em estado puro e as que não o são, para os efeitos da aplicação do n.º 3 do art.º 9.º.

Até porque na Lei Norte-Americana citada pelo Venerando Tribunal de Última Instância está subjacente o espírito informador do nosso entendimento, ao se prever aí que:

“100 g ou mais de *metanfetamina*, ... ou 1 kg ou mais de uma mistura ... contendo uma quantidade detectável de *metanfetamina*, ...” (cfr. a versão portuguesa expressa pelo mesmo Venerando Tribunal e *sic*).

Precisamente para resolver questões que se colocam a nível da afirmação do elemento intelectual do dolo do crime de tráfico, pois na esmagadora maioria das situações, o traficante só conhece que ele se propõe a traficar X quantidade de uma mistura que contém no seu interior, ao certo, uma determinada quantidade detectável de uma substância pura controlada pela lei, apesar de sem saber ao certo a sua quantidade líquida.

Assim sendo, o facto de não se ter empregue na Lei Norte-Americana em causa, o critério de número de comprimidos mas sim apenas unidades de peso, não pode afastar de todo em todo o espírito subjacente à definição dos nossos critérios acima propostos.

Em segundo lugar, cabe notar que ao fazer a Portaria n.º 94/96, de 26 de Março, a entidade emissora da mesma não estava a agir como legislador penal em sentido próprio do termo (ao contrário do que se entende no douto Aresto do Venerando Tribunal de Última Instância de 30/5/2002), mas sim apenas em nome próprio do Governo da República Portuguesa e como “peritos” a apresentar os seus pontos de vista, com o valor próprio previsto num artigo semelhante ao art.º 149.º do nosso CPP, quanto aos limites quantitativos máximos para cada dose média individual diária de substância pura, apenas, visto que não é admissível a criação de normas penais incriminadoras em branco, sob pena da violação do princípio da tipicidade do crime.

E sobre este tema, atinente à questão da inconstitucionalidade anteriormente suscitada em Portugal, da norma do art.º 71.º, n.º 1, al. c), do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, de Portugal, invocado pelo douto Aresto de 30/5/2000, do nosso Tribunal de Última Instância como homólogo ao nosso Decreto-Lei n.º 5/91/M, é de citar, a título de referência mera e necessariamente doutrinária, com pertinência para a compreensão *maxime* do sentido e alcance do disposto no n.º 4 do art.º 9.º do nosso Decreto-Lei n.º 5/91/M, as seguintes considerações tecidas pelo Tribunal Constitucional Português, no seu douto Acórdão n.º 534/98, de 7/8/1998, proferido no Processo n.º 545/98 (*in* **ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**, 40.º volume, 1998, pág. 659 a 667), a propósito do recurso interposto pelo Ministério Público Português na sequência da recusa da aplicação, pelo Supremo Tribunal de Justiça Português, no douto Acórdão de 26/3/1998, “do art. 9.º da Portaria n.º 94/96, de 26 de Março (e do mapa

que o integra), por inconstitucionalidade do art. 71.º, n.º 1, al. c), do D.L. n.º 15/93 ou, para a hipótese de este normativo não vir a ser considerado inconstitucional na sede própria, por ilegalidade resultante da violação da lei geral contida nesse art. 71.º, n.º 1, al. c)”:

“Efectivamente, está aqui basicamente em causa o princípio da legalidade em matéria criminal, ...(...), numa das suas vertentes: *«nullum crimen, nulla poena sine lege»*. *«Não há pena ou medida da segurança que não estejam descritas, assim como os respectivos pressupostos, em lei em sentido formal»*, escreve José de Sousa Brito (...).

(...)

A esta luz, tornam-se constitucionalmente ilegítimas as chamadas normas penais em branco no seu sentido próprio, ou técnico (neste sentido se pronuncia Tereza Pizarro Beleza, ...), em que a delimitação dos comportamentos puníveis apenas se completa através da remissão *«para uma disposição de grau ou nível inferior (v. g., um regulamento)»* (Jorge Miranda e Miguel Pedrosa Machado, ...), com violação da proibição de intervenção normativa de regulamentos, não podendo a lei cometer-lhe tal competência» (Gomes Canotilho e Vital Moreira, ...). *«A reserva da lei impede normas penais em branco com as inerentes consequências da proibição da analogia incriminadora e da definição do ilícito criminal por simples regulamentos»* ...(...).

(...)

Assim, os limites fixados na portaria, tendo meramente um valor de meio de prova, a apreciar nos termos da prova pericial, não constituem verdadeiramente, dentro do espírito e da letra do artigo 71.º do Decreto-Lei n.º 15/93, uma delimitação negativa da norma penal que prevê o tipo de crime privilegiado. Não está em causa a remissão

para regulamento da definição dos comportamentos puníveis através do artigo 26.º, mas tão-só, bem mais modestamente, a remissão para valores indicativos, cujo afastamento pelo tribunal é possível, embora acompanhado da devida fundamentação.

Claro que esta conclusão só é legítima porque, por um lado, está em causa uma determinação de natureza eminentemente técnica, própria da prova pericial; e porque, por outro, é *sempre* por decisão do juiz e não por força da portaria n.º 94/96 que se concretiza o conceito de «princípio activo para cada dose média individual diária» utilizado na lei. (...)”

Assim sendo, para nós, seja como for, a expressão em gramas ou miligramas ou outras unidades de peso que não em número de comprimidos na Portaria acima aludida não exclui por outro lado, sob pena de petição de princípio, o nosso entendimento quanto às drogas não em estado puro, já que no mapa anexo a esta Portaria só estão referidos os valores em relação às substâncias puras em causa, ficando-se silente quanto à problemática das drogas não no seu estado puro ou misturadas com outras substâncias no seu todo.

6. 1. P. Por maioria da razão, do exposto acima decorre que nem seja de acolher a eventual tese de que mesmo somente para efeitos de uma correcta medida da pena a impor ao agente de um crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, por ter comprovadamente traficada, por exemplo, uma quantidade já apurada de marijuana superior à considerada como de “quantidade diminuta”, e também um certo número de comprimidos

comprovadamente com substância de MDMA no seu interior mas sem saber da quantidade exacta da mesma MDMA, haja ainda de reenviar o presente processo para novo julgamento na Primeira Instância, com fundamento na verificação do vício de “insuficiência para a decisão da matéria de facto provada” respeitante à quantidade líquida da substância pura de MDMA, a fim de apurar, ao exacto, o total da quantidade líquida desta substância contida em cada um dos comprimidos de MDMA traficados pelo arguido, dado que esta quantidade líquida total é relevante para a determinação da pena concreta ao arguido. Não abraçamos esta tese, desde logo e simplesmente porque concluímos acima que não houve violação do “tipo de crime de tráfico de quantidades diminutas” do art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, nem do “tipo de crime de tráfico” do art.º 8.º do mesmo diploma.

Neste sentido, cfr. o douto Acórdão da Relação de Lisboa de Portugal, de 20/3/2002, do Recurso n.º 13074/2001 (3.ª Secção), que confirmou o juízo de valor feito pelo recorrido Tribunal Colectivo do 2.º Juízo do Tribunal das Caldas da Rainha de que a provada detenção de 68,853 gramas de resina de Cannabis e de 25 comprimidos de MDMA por um dos arguidos em causa (sem se ter apurado previamente a quantidade líquida da substância de MDMA contida em cada um desses 25 comprimidos, segundo o que se alcança da factualidade considerada assente no aresto em causa), dá para o condenar por crime de tráfico de estupefacientes, p. e p. no art.º 21.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, por precisa e nomeadamente entender que não é possível aplicar ao arguido em causa o tipo privilegiado do crime do tráfico de menor gravidade do art.º 25.º desse mesmo Decreto-Lei (com configuração algo diferente do tipo de crime do art.º 9.º do nosso Decreto-Lei

n.º 5/91/M), “não só porque a quantidade de haxixe que lhe foi apreendida é muito maior (...) como ainda lhe foram apreendidos 25 comprimidos de MDMA, vulgo ecstasy que se integram nas chamadas drogas de design, infelizmente tão em voga junto da juventude portuguesa” (com sublinhado nosso), e aplicar na mesma a medida da pena ao mesmo arguido, sem ter que determinar o reenvio do processo para novo julgamento.

Em suma, é de julgar improcedente o recurso nesta parte, por não verificação do alegado vício de “insuficiência para a decisão da matéria de facto provada”.

6. 2. – Da inexistência no acórdão recorrido da enumeração exaustiva, em termos de narração especificada, dos factos não provados:

O recorrente invoca que inexistente no acórdão recorrido essa enumeração exaustiva dos factos não provados, o que levanta dúvida se se tenha investigado toda a matéria.

Entretanto, desde logo quer-nos parecer que o recorrente tenha caído num equívoco, porque a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, como um dos três vícios fundamentos de recurso possibilitadores da reapreciação da matéria de facto julgada pelo tribunal recorrido, nos termos dos art.ºs 400.º, n.º 2, 415.º, n.º 1, e 418.º do CPP, não se pode confundir com a questão de se ter investigado ou não toda a matéria, problema este que, se o arguido assim entender, o deveria ter arguido logo na plena audiência de julgamento realizada pela Primeira Instância.

Isto é, e falando com maior explicitação, e, aliás, de acordo com a declaração de voto da pena do relator do presente acórdão, junta ao Aresto deste TSI, de 14/3/2002 no Processo n.º 44/2002:

Por um lado, “não se verifica o vício de insuficiência da matéria de facto quando os invocados factos a provar não constem da acusação ou de pronúncia – se a tiver havido – nem foram alegados pela defesa nem decorreram da discussão da causa”, na esteira, aliás, do douto Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 10/6/1991, *BMJ*, n.º 409, pág. 379, citado por MANUEL SIMAS SANTOS, MANUEL LEAL-HENRIQUES e DAVID BORGES DE PINHO, a pág. 527 do seu **Código de Processo Penal Anotado**, 2.º Volume, 1996, Editora Rei dos Livros, e tido aqui necessariamente e apenas como doutrina.

E, por outro, a falta de realização de diligências de investigação quanto a acusação, a defesa ou a discussão da causa pelo tribunal *a quo* não pode conduzir à “insuficiência para a decisão da matéria de facto provada” (como fundamento previsto no art.º 400.º, n.º 2, al. a), do CPP), visto que essa insuficiência de realização de diligências resulta, não do texto da decisão recorrida, mas deveria ter sido detectada durante o julgamento, com requerimento ao tribunal para que tais diligências fossem realizadas – cfr., neste último ponto, o douto Acórdão do mesmo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 5/1/1994, do Processo n.º 45751, citado pelos mesmos Autores, *ibidem*, e também aqui por nós tido somente como doutrina.

Assim sendo, e ante a matéria de facto dada por assente no acórdão recorrido, e em conformidade com o nosso entendimento vertido no ponto

6.1. *supra*, é-nos óbvio – repita-se – um homem médio colocado na situação concreta do arguido C, que se depara com a própria decisão recorrida, sem recurso a quaisquer elementos que lhe sejam externos, não consiga der conta da falta de algum facto integrador do tipo legal do crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, pelo qual o arguido vinha condenado pela Primeira Instância, inverificando-se, pois, o vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada.

Ademais, quanto à questão da enumeração de factos, até o próprio recorrente C reconhece que no acórdão recorrido “*Diz-se apenas que não ficaram provados os restantes factos que constam da acusação e a título exemplificativo referem-se dois*” (cfr. a pág. 10 da motivação do recurso, a fls. 976).

Ora, na esteira do aresto deste TSI, de 17/5/2001 no Processo n.º 63/2001, atinente mais propriamente à interpretação da primeira parte do n.º 2 do art.º 355.º do CPP (por força da qual ao relatório da sentença se segue a fundamentação, que consta nomeadamente da enumeração dos factos provados e não provados), havemos que defender que se através de um exercício como que matemático (mediante o método de “exclusão das partes”) se consiga saber nitidamente quais os factos provados e quais o não são, então se deverá dar por satisfeita a exigência da primeira parte do n.º 2 do art.º 355.º do CPP, não sendo obrigatoriamente necessária, embora recomendável, uma enumeração, no sentido de indicar um por um especificadamente, os factos provados e os não provados, já que o que importa é: qualquer homem razoável, colocado na situação concreta do arguido em causa, e perante o texto da decisão recorrida, consiga perceber em

termos também razoáveis quais os factos pelos quais foi condenado ou absolvido.

E para melhor explicitação desta posição, transcrevem-se aqui as seguintes considerações com pertinência ao caso concreto dos autos, retiradas do citado aresto de 17/5/2001 do Processo n.º 63/2001:

– “Quer dizer, se bem que seja sempre recomendável e ideal que o tribunal possa indicar, um por um ou de forma discriminadamente especificada, os factos considerados não provados, nada obsta a que aceitemos uma mera remissão genérica para “os restantes factos” constantes da acusação ou da pronúncia e/ou da contestação apresentada por parte do arguido, havendo-a, como conteúdo da componente “factos não provados” da fundamentação fáctica da sentença, para os efeitos relevantes do disposto na parte inicial do n.º 2 do art.º 355.º do CPP, já que nesta última hipótese não estão postas em causa as razões determinantes desta exigência formal obrigatória de “enumeração” de factos não provados, as quais se reconduzem à preocupação de se permitir aos destinatários da sentença um controlo efectivo da avaliação de todos os factos relevantes para a decisão da causa, bem como nomeadamente, e ao fim ao cabo, à preocupação com as garantias de defesa do arguido a que deve corresponder a verdade material que se pretende ver reflectida com segurança na sentença.

Neste sentido, veja-se, por todos, e nomeadamente para os feitos de referência académica, o entendimento brilhante e eximamente vertido (...) do douto Acórdão de 10/3/1999, proferido pelo então TSJ no Processo n.º

991 (*in* Jurisprudência do TSJ, 1999, I Tomo, págs. 478 a 480, já citado também no aresto deste TSI, de 28/7/2000, no Processo n.º 46/2000) (...).

(...)

Assim, a remissão genérica para os restantes factos constantes da acusação e/ou da contestação é-nos uma forma imperfeita de “enumeração de factos não provados”.

Por conseguinte, não podemos defender unidireccional e aprioristicamente a enumeração especificada de factos não provados, sob pena de se mostrar excessivamente sacrificada a substância em prol da forma.

Isto porque a declaração pelo tribunal *ad quem* de nulidade de uma sentença com fundamento único na falta de enumeração especificada de factos não provados, apesar da existência de uma indicação genérica dos mesmos, irá, por força do art.º 109.º do CPP, acarretar efeitos algo nefastos para a celeridade da justiça material:

- tornada inválida a sentença, há que repetir pelo tribunal *a quo* a prolação da mesma, com eventual realização de nova audiência de julgamento, com “re-”produção de toda a prova (inclusivamente da prova testemunhal, havendo-a), se desde a data da sentença declarada nula pelo tribunal *ad quem* até à prolação de nova sentença pelo tribunal *a quo* se tiver medeado mais do que trinta dias, por aplicação analógica da norma vertida no n.º 6 do art.º 309.º do CPP.

Entretanto, se nem sequer tiver havido na parte de fundamentação enumeração genérica alguma de factos não provados, o desfecho já será

inexoravelmente o da nulidade insanável da sentença, nos termos do art.º 360.º, al. a), do CPP.”

Dest’arte, há que afastar efectivamente uma perspectiva dita de maximalista na interpretação e aplicação do n.º 2 do art.º 355.º do CPP, como pugna o Digno Procurador-Adjunto junto desta Instância, e no seguimento do entendimento vertido, mormente, no Aresto deste TSI, de 28/7/2000 no Processo n.º 46/2000, e no Acórdão do Venerando Tribunal de Última Instância, de 7/2/2001 no Processo n.º 14/2000, isto até porque, para nós, o Tribunal recorrido já acatou a primeira parte do n.º 2 do art.º 355.º do CPP, ao redigir o ponto 2 do texto do mesmo aresto, a fls. 775 a 778 dos autos, tendo aí indicado um por um os factos considerados provados e depois, pelo método da “exclusão das partes”, os factos não provados que são “os restantes factos que constam da acusação designadamente: ... (...)”.

Por outra banda, os factos citados pelo mesmo recorrente C a pág. 12 da sua motivação do recurso nem lhe podem suscitar a dúvida na asserção de que *“fica-se sem saber se afinal a droga cedida era toda ela para ser destinada à venda, ou se parte era para consumo, porque num facto se diz que sim e noutro que não”*, visto que além de uma dúvida deste tipo representar mais propriamente um ataque à eventual “contradição” da matéria de facto fixada pelo Tribunal recorrido, e, portanto, não ter nada a ver com a questão da enumeração ou não de factos não provados, nem com a investigação ou não da matéria acusatória, o que mais importa é que aquela factualidade que levanta agora dúvida ao ora recorrente C não tem nada a ver com ele mesmo, mas sim tão-só com os arguidos B e A, pelo que o ora recorrente C, como acabou por ser condenado pela Primeira Instância não

como co-autor material com aqueles dois arguidos de um crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, mas sim apenas como autor material de um crime de tráfico do mesmo art.º 8.º, n.º 1, nem tem interesse processual em recorrer deste ponto por outros dois arguidos ora recorrentes, apesar de ter sido acusado e julgado num mesmo inquérito e processo do que estes dois.

Por todo o acima expendido, é de julgar improcedente o recurso do arguido C nesta parte.

6. 3. – Da falta de exposição, tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos de facto e de direito que fundamentam a decisão (cfr. a conclusão 1 da motivação do recurso):

O recorrente afirma, a este propósito, que a exigência imposta pelo art.º 355.º, n.º 2, do CPP, da exposição na sentença, tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos de facto e de direito que fundamentam a decisão, “não se satisfaz com a mera enumeração dos meios de prova produzidos em audiência” (cfr. os parágrafos 5.º e 6.º da pág. 11 da sua motivação do recurso *stricto sensu*, a fls. 977 dos autos).

Entretanto, sobre questões idênticas a esta, que se prendem ao fim e ao cabo à realização da exigência imposta pelo n.º 2 do art.º 355.º do CPP em sede de requisitos da sentença, cominada com a nulidade da mesma peça decisória nos termos da al. a) do art.º 360.º do mesmo diploma, já nos pronunciámos, mormente e recentemente no aresto deste TSI, de 30/5/2002,

no Processo n.º 84/2002, jurisprudência essa que não é de alterar, por se nos continuar a afigurar boa, segundo a qual, e, aliás, já na linha dos acima citados Aresto deste TSI, de 28/7/2000 no Processo n.º 46/2000, e Acórdão do Venerando Tribunal de Última Instância, de 7/2/2001 no Processo n.º 14/2000, há que afastar uma perspectiva maximalista na interpretação e aplicação do art.º 355.º, n.º 2, do CPP, desde que para um homem médio colocado na situação concreta do arguido ora recorrente que leia o acórdão recorrido no seu todo seja, na verdade, absolutamente perceptíveis os fundamentos da decisão, o que *in casu* para nós aconteceu efectivamente, já que o Tribunal recorrido, no tocante à indicação das provas que serviram para formar a sua convicção quanto à matéria de facto por ele julgada, chegou a indicar efectivamente os meios de prova em que se fundou a dita formação da sua convicção, quais sejam as declarações dos arguidos presentes, a leitura em audiência das declarações dos 3.º, 4.º e 5.º arguidos prestadas no TIC a fls. 174, 181 a 182 e 32 a 33 dos autos, as declarações de todas as testemunhas e as da PJ que intervieram na investigação dos factos e detenção dos arguidos, os relatórios de exame da PJ a fls. 224, 251 e 307 e outros documentos juntos aos autos e fotografias, elementos todos estes submetidos a uma apreciação crítica e valorativa na sua globalidade, à luz das “regras de experiência comum e de normalidade das situações” (cfr. o teor da pág. 13 do acórdão recorrido, a fls. 778 dos autos), bem como no que respeita ao enquadramento jurídico dos factos assentes e à medida da pena, já fundamentou, para nós, no seu mínimo necessário, através da redacção dos pontos 3, 4 e 5 do seu acórdão, a fls. 778 a 779v dos autos, **há que, pois, julgar improcedente o recurso do arguido C também nesta parte**, visto que, como resposta ao

ponto especificadamente levantado pelo arguido ora recorrente, o art.º 355.º, n.º 2, do CPP não exige obrigatoriamente a exposição do *iter* percorrido pelo julgador para a formação da sua convicção quanto à matéria de facto, mas sim tão-só a “indicação das provas que serviram para formar a convicção do tribunal”, à luz necessariamente do princípio da livre apreciação da prova, plasmado nos termos do art.º 114.º do CPP.

6. 4. – Do método proibido de prova por utilização de um meio enganoso (cfr. as conclusões 2 a 4 da motivação do recurso):

De facto, e ante a factualidade fixada no acórdão recorrido, o arguido D, também julgado pelo Tribunal recorrido, chegou a desempenhar as funções de homem de confiança por conta da Polícia Judiciária com vista à captura do arguido C, ao ter telefonado a este arguido, combinando com ele a encontrarem-se à entrada do Hotel Beverly, para transacção de droga, na sequência do que o arguido H veio a ser apanhado por agentes policiais no átrio do Hotel Beverly, com um comprimido de MDMA na sua posse, previamente entregue pelo arguido C, a fim de ser entregue ao arguido D, homem de confiança este entendido no seu conceito lato, se “Na esteira de MEYER, adoptaremos aqui um conceito extensivo, abrangendo todas as testemunhas que colaboram com as instâncias formais da perseguição penal, tendo como contrapartida a promessa da confidencialidade da sua identidade e actividade. Cabem aqui tanto os particulares (pertencentes ou não ao submundo da criminalidade) como os agentes das instâncias formais, nomeadamente da polícia (*Untergrundfahnder, under cover agente, agentes encobertos ou*

infiltrados), que disfarçadamente se introduzem naquele submundo ou com ele entram em contacto; e quer se limitem à recolha de informações (*Polizeispitzel, detection*), quer vão ao ponto de provocar eles próprios a prática do crime (*polizeiliche Lockspitzel, agent provocateur, entrapment*)” (cfr. o insígne Professor MANUEL DA COSTA ANDRADE, *in Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1992, pág. 220, obra esta até citada pelo próprio arguido recorrente).

Assim sendo, põe-se o problema da nulidade ou não desta prova obtida mediante o homem de confiança em causa, à luz do art.º 113.º, n.ºs 1 e 2, al. a), do CP de Macau, para cuja solução temos que recorrer outra vez aos seguintes preciosos ensinamentos do mesmo Professor MANUEL DA COSTA ANDRADE, na Obra Citada, págs. 231 a 236, feitos no contexto do ordenamento processual penal português, muito semelhante ao de Macau:

- “... como ponto de partida: o recurso ao *homem de confiança* configurará normalmente um *meio enganoso*, sendo; como tal, reconduzível à categoria dos métodos *proibidos* pelo artigo 126.º, n.º 2, al. a), do CPP.” (nota: *homólogo ao art.º 113.º, n.º 2, al. a), do CPP de Macau*);
- entretanto, “Não significa isto que o recurso ao *homem de confiança* esteja, sempre e sem mais, a coberto de *proibição de prova*”;
- “Creemos, por exemplo, ser de sustentar a inadmissibilidade e, por isso, a coberto de estrita *proibição de prova*, da intervenção do *homem de confiança* que se limita a provocar uma pessoa ao consumo v.g., de estupefacientes com o fim exclusivo de, como tal, –

sc., como *mero consumidor* – o perseguir penalmente. O mesmo tenderá a valer, em geral, para os demais casos de intervenção de homens de confiança com propósitos e para fins unicamente repressivos: isto é, exclusivamente preordenada à repressão de crimes já consumados, em homenagem nomeadamente à ideia duma administração eficaz da justiça penal.

O tratamento já poderá ser diverso sempre que o homem de confiança prossiga finalidades exclusiva ou prevalentemente preventivas. «Pelo menos em relação a perigos concretos e imediatos de atentado contra a vida ou a perigo correspondente de sacrifício grave da integridade física de terceiros». Será, concretamente assim sempre que a perseguição de eventuais agentes, lograda através do *homem de confiança*, se integre em programas de repressão e desmantelamento do *terrorismo, da criminalidade violenta ou altamente organizada*. De outra forma, deixar-se-ia a sociedade desarmada face a manifestações tão drásticas e intoleráveis de criminalidade. Ou, em alternativa – risco não menos sério e de consequências não menos perversas e indesejáveis – induzir-se-ia o recurso a formas incontroláveis de resposta”;

- sendo certo que, “por princípio, apenas deverão ter-se como proibidos os meios enganosos «susceptíveis de colocar o arguido numa situação de coacção idêntica à dos demais» métodos proibidos de prova. Este deverá ser, pelo menos, o critério privilegiado para a equacionamento e superação dos casos mais duvidosos.” (com

sublinhado e nota nossos.)

Tida devidamente em mente esta pequena súmula de ideias-chave e a consideração de que o crime de tráfico do art.  8. , n.  1, do Decreto-Lei n.  5/91/M é um “crime de perigo abstracto ou presumido”, no sentido de que para cuja consumação não se exige a existência de um dano real e efectivo, mas sim basta a simples criação de perigo ou risco de dano para o bem protegido, qual seja, o da “saúde pública, na dupla vertente física e moral” das pessoas, na esteira do douto entendimento do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de Portugal, de 20 de Março de 2002, proferido no Recurso n.  13074/2001 (3.  Secção), aqui tido necessariamente apenas como doutrina, é de concluir que o meio enganoso então empregue pela Polícia Judiciária com vista à captura do arguido ora recorrente C, como *in casu* e para nós, preordenado prevalentemente às finalidades preventivas em relação ao cometimento de um crime de perigo abstracto contra a saúde pública na sua dupla vertente física e moral, não dever ser reputada como inadmissível “a coberto de estrita proibição da prova” (nas palavras do mesmo dilecto Professor), até porque no caso concreto dos autos, o meio enganoso em causa não foi susceptível de colocar o arguido C numa situação de coacção idêntica à dos demais métodos proibidos de prova previstos no n.  2 do art.  113.  do CPP, para o tráfico de um comprimido de MDMA em causa, já que ele sempre estava disposto a traficar esse comprimido de MDMA a outras pessoas, por método semelhante (i.e., receber “encomenda” por via telef nica, e depois, mandar alguém para entregar a “mercadoria” ao comprador), sendo indiferente ser essas pessoas o arguido D ou outros, daí que não se pode dizer que foi ele “instigado”   prática de um crime que, não fora o plano dos

agentes policiais, executado com o auxílio de um arguido, jamais teria cometido.

Nestes termos, improcede o recurso também nesta última questão colocada como fundamento do recurso.

Face ao que, **em conclusão, há que julgar improcedente no seu todo o recurso do arguido C.**

7. Improcedentes que estão as questões colocadas pelo recorrente C, é **de conhecer agora do recurso do arguido B**, dado que as questões por este postas a título principal, a procederem, farão invalidar o acórdão recorrido por nulidade, o que prejudicará, por efeitos a relevar do art.º 392.º, n.º 2, al. a), do CPP, o conhecimento do recurso do arguido A, acusado em participação com B, onde se levanta apenas questão respeitante à medida da pena.

Do recurso do arguido B:

7. 1. – Da falta de indicação das razões substanciais que serviram para formar a convicção do tribunal:

Como resposta a esta questão, é de transcrever aqui, para todos os efeitos legais, as seguintes considerações e conclusões já por nós tecidas a propósito da questão idêntica levantada pelo arguido também recorrente C, por serem

as mesmas igualmente aplicáveis *in totum* ao ora recorrente B:

– “... sobre questões idênticas a esta, que se prendem ao fim e ao cabo à realização da exigência imposta pelo n.º 2 do art.º 355.º do CPP em sede de requisitos da sentença, cominada com a nulidade da mesma peça decisória nos termos da al. a) do art.º 360.º do mesmo diploma, já nos pronunciámos, mormente e recentemente no aresto deste TSI, de 30/5/2002, no Processo n.º 84/2002, jurisprudência essa que não é de alterar, por se nos continuar a afigurar boa, segundo a qual, e, aliás, já na linha dos acima citados Aresto deste TSI, de 28/7/2000 no Processo n.º 46/2000, e Acórdão do Venerando Tribunal de Última Instância, de 7/2/2001 no Processo n.º 14/2000, há que afastar uma perspectiva maximalista na interpretação e aplicação do art.º 355.º, n.º 2, do CPP, desde que para um homem médio colocado na situação concreta do arguido ora recorrente que leia o acórdão recorrido no seu todo seja, na verdade, absolutamente perceptíveis os fundamentos da decisão, o que *in casu* para nós aconteceu efectivamente, já que o Tribunal recorrido, no tocante à indicação das provas que serviram para formar a sua convicção quanto à matéria de facto por ele julgada, chegou a indicar efectivamente os meios de prova em que se fundou a dita formação da sua convicção, quais sejam as declarações dos arguidos presentes, a leitura em audiência das declarações dos 3.º, 4.º e 5.º arguidos prestadas no TIC a fls. 174, 181 a 182 e 32 a 33 dos autos, as declarações de todas as testemunhas e as da PJ que intervieram na investigação dos factos e detenção dos arguidos, os relatórios de exame da PJ a fls. 224, 251 e 307 e outros documentos juntos aos autos e fotografias, elementos todos estes submetidos a uma apreciação crítica e valorativa na sua globalidade, à luz das “regras de experiência comum e de normalidade das situações” (cfr. o teor da

pág. 13 do acórdão recorrido, a fls. 778 dos autos), bem como no que respeita ao enquadramento jurídico dos factos assentes e à medida da pena, já fundamentou, para nós, no seu mínimo necessário, através da redacção dos pontos 3, 4 e 5 do seu acórdão, a fls. 778 a 779v dos autos, **há que, pois, julgar improcedente o recurso do arguido (...) nesta parte**, visto que, como resposta ao ponto especificadamente levantado pelo arguido ora recorrente, o art.º 355.º, n.º 2, do CPP não exige obrigatoriamente a exposição do *iter* percorrido pelo julgador para a formação da sua convicção quanto à matéria de facto, mas sim tão-só a “indicação das provas que serviram para formar a convicção do tribunal”, à luz necessariamente do princípio da livre apreciação da prova, plasmado nos termos do art.º 114.º do CPP.”

Improcede, pois, o recurso do arguido B na questão ora em causa.

7. 2. – Da falta de indicação das razões que presidiram à determinação da medida da pena aplicada, com incidência à sub-questão do princípio da proibição da dupla valoração na determinação da pena:

Como resposta a esta questão, há que frisar que é de afastar também uma perspectiva maximalista na interpretação e aplicação da exigência legal de indicação das razões que presidiram à determinação da medida da pena aplicada, nos termos seguintemente transcritos do recente Acórdão deste TSI, de 30/5/2002 no Processo n.º 84/2000, igualmente aplicáveis à situação concreta dos presentes autos:

- “(...) se bem que a inobservância (...) do n.º 1 do art.º 356.º do Código de Processo Penal, isoladamente considerado, constitua quiçá uma mera irregularidade processual, sanável se não arguida tempestivamente, tudo em conformidade com o estatuído nos art.ºs 105.º, n.ºs 1 e 2, 106.º, 107.º (estes dois, *a contrario sensu*) e 110.º, todos do mesmo diploma, entendemos que há que reconhecer que a especificação dos “fundamentos que presidiram à escolha e à medida da sanção aplicada” a que alude a parte inicial desse n.º 1 do art.º 356.º, se reconduz, ao fim e ao cabo, à categoria de “motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão” a que se refere na norma do n.º 2 do seu precedente art.º 355.º, pelo que a não especificação daqueles “fundamentos que presidiram à escolha e à medida da sanção aplicada” já configura uma causa de nulidade da sentença, atento o previsto no art.º 360.º, al. a), do mesmo diploma”;
- “havendo que afastar também necessariamente uma perspectiva maximalista na interpretação e aplicação do art.º 65.º, n.º 3, do Código Penal, por adaptação das considerações já sobejamente expendidas a propósito da aplicação do congénere art.º 355.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, no aresto deste Tribunal de Segunda Instância, de 28 de Julho de 2000 no Processo n.º 46/2000, e no do Venerando Tribunal de Última Instância, de 7 de Fevereiro de 2001 no Processo n.º 14/2000”;

Ora, *in casu*, e concretamente falando, como nos é evidente que está realmente observada, pelo menos no seu mínimo, por banda do Tribunal *a quo*, a exigência do falado n.º 3 do art.º 65.º do Código Penal, pois esta

Primeira Instância, no ponto **5** do seu acórdão ora posto em crise, logo após ter aludido expressamente, no ponto **4** do acórdão recorrido, sob a forma de transcrição do preceito ínsito no art.º 65.º, n.ºs 1 e 2, do Código Penal de 1995, aos critérios a observar no que tange à determinação da pena, referiu, em concreto e também expressamente os fundamentos da determinação da pena para cada um dos arguidos julgados, fundamentos estes que, depois de vistos em conjugação com a matéria de facto fixada pelo mesmo Tribunal recorrido no ponto **2** do acórdão ora impugnado, permitem, segundo o nosso juízo, a um homem médio colocado na situação concreta do arguido ora recorrente que leia o acórdão recorrido no seu todo, apanhar efectivamente os fundamentos pelos quais foram determinadas em concreto as penas nele aplicadas.

Quanto à sub-questão relativa ao princípio da proibição da dupla valoração, alegadamente violado pelo Tribunal recorrido na determinação da pena aplicada ao arguido ora recorrente B, como ela nada tem a ver com o problema da indicação ou não das razões que presidiram à determinação da medida da pena aplicada, visto que pode haver lugar à violação desse princípio, independentemente da existência ou não, na decisão condenatória, da indicação das razões da determinação da medida da pena, como pode acontecer que não houve preterição do princípio, independentemente do demais. Daí decorre que a sub-questão em causa terá que ser apreciada em seu lugar próprio, qual seja, o da medida da pena, a ser vista apenas a título subsidiário, tal como pediu o arguido ora recorrente na sua motivação do recurso.

Improcede, pois, o recurso do arguido B nesta parte relativa à

alegada falta de indicação das razões que presidiram à determinação da medida da pena aplicada.

7. 3. – Do vício de excesso de pronúncia, por se ter condenado o recorrente por factos não descritos na acusação, sem lhe ter concedido prazo para a defesa:

Tradicionalmente falando, verifica-se “excesso de pronúncia” como uma das causas de nulidade da sentença, quando o Tribunal decidiu questão de que não deveria ou não poderia conhecer (cfr. mormente o art.º 571.º, n.º 1, al. d), do Código de Processo Civil de Macau).

Nesta perspectiva, uma das questões então postas ao Tribunal recorrido pelo Ministério Público foi a imputação ao arguido B da prática de um crime do tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, em co-autoria material na forma consumada com outros dois arguidos C e A. Em relação a esta imputação, o Tribunal recorrido já decidiu dela, pronunciando-se no sentido da verificação do crime acusado em relação ao arguido B, e não condenou o mesmo arguido por prática de mais outro crime para além do acusado pelo Ministério Público. Daí se deduz necessariamente que não houve “excesso de pronúncia”, na acepção processual tradicional do termo.

Entretanto, o CPP prevê, no seu art.º 360.º, que:

“É nula a sentença:

a) Que não contiver as menções referidas no n.º 2 e na alínea b) do n.º 3 do artigo 355.º; ou

b) Que condenar por factos não descritos na pronúncia ou, se a não tiver havido, na acusação ou acusações, fora dos casos e das condições previstos nos artigos 339.º e 340.º”

É, assim, ao abrigo da situação referida na parte inicial da al. b) deste art.º 360.º do CPP que o arguido ora recorrente B vem suscitar agora a questão, tida por ele como um “excesso de pronúncia”, de ter sido ele condenado por factos não descritos na acusação, sem lhe ter concedido prazo para a defesa, situação essa que originaria a nulidade do acórdão recorrido.

Segundo o mesmo recorrente, o Tribunal recorrido, depois de ter considerado provado, na pág. 8 do aresto ora posto em crise, que “... *agentes da PJ interceptaram, em 27 de Abril de 2000, pelas 19H50, na Rua do Campo, perto do MacDonald, o arguido A, tendo encontrado na sua posse três sacos de plástico com substância que se suspeitava tratar-se de droga e vinte e oito cigarros artesanais.// Submetidas as substâncias encontradas no interior dos sacos de plástico e dos cigarros artesanais a exame laboratorial, foi confirmado que continham como composição Cannabis, abrangida na Tabela I-C da lista anexa ao DL nº 5/91/M, das quais a contida nos sacos tinham de peso líquido 39,728 gramas e a contida nos cigarros artesanais 3,312 gramas*” (com estilo itálico nosso), deu também, logo em seguir, por assente que “*Da marijuana acima mencionada, a que pesava 39,728 gramas e a contida nos cigarros artesanais fora entregue pelo arguido B ao arguido A para ser destinada à venda a terceiros e parte para consumo*” (com estilo itálico nosso), facto último este que foi acusado inicialmente pelo Ministério Público como sendo “*Da marijuana acima mencionada, a que pesava 39,728 gramas fora adquirida pelo arguido A junto de indivíduo desconhecido e a contida nos cigarros artesanais obtivera-a o mesmo*

arguido por lhe ter sido entregue pelo arguido B, toda para ser destinada à venda a terceiros” (com estilo itálico nosso) (cfr. a tradução portuguesa da acusação pública, a fls. 505v a 506, correspondente ao teor da sua versão original chinesa a fls. 493v dos autos).

Com isso, o ora recorrente B entende essencialmente que foi ele condenado ilegalmente pelo Tribunal recorrido também como traficante daqueles 39,728 gramas de marijuana, encontrados na posse do arguido A, dada a correspondente “alteração não substancial dos factos descritos na acusação” procedida pelo mesmo Tribunal, sem precedida da concessão do prazo para a sua defesa quanto ao “facto novo” em causa. Adianta o mesmo recorrente que: *“Nem se diga que “**facto novo**” é inócuo em relação à condenação, pois, não resta a menor dúvida de que, no âmbito da repressão do tráfico de estupefacientes, a **quantidade** traficável é um elemento importante para efeitos da **aplicação da medida concreta da pena.**”* (cfr. a pág. 21 da motivação do recurso, a fls. 933 dos autos, e com estilo em itálico nosso.)

Contudo, para nós, o “facto novo” em causa não é um facto *de relevo* para a decisão de condenação do arguido ora recorrente pelo Tribunal recorrido nos termos do art.º 339.º, n.º 1, do CPP, porquanto a restante quantidade de marijuana comprovadamente traficada por ele num “total” de 123,035 gramas (resultante da soma de 3,312 gramas com 111,297 gramas e com 8,426 gramas), já deu para o Tribunal recorrido o responsabilizar criminalmente a título de autoria material na forma consumada de um crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, na esteira da conhecida jurisprudência dos tribunais de Macau de que “no crime de tráfico de estupefacientes está em causa não só a droga concretamente apreendida

num determinado processo, mas também a quantidade de droga que durante uma determinada época foi traficada pelo agente” (cfr., nomeadamente, o já acima citado aresto deste TSI, de 4/4/2002 do Processo n.º 39/2002), não havendo, conseqüentemente, hipótese nenhuma para a aplicação do tipo legal de tráfico de quantidades diminutas previsto pelo art.º 9.º do mesmo diploma, atentas precisamente essa quantidade de 123,035 gramas, e a jurisprudência feita no douto Acórdão do então Tribunal Superior de Justiça de Macau, de 19/5/1999, no Processo n.º 1068, quanto à questão da quantidade considerada diminuta para a marijuana, então aí fixada em 8 gramas. Nesta perspectiva, não se pode falar rigorosamente da existência de uma “alteração não substancial dos factos descritos na acusação”, o que prejudica logicamente a consideração acerca da necessidade ou não da concessão de um prazo para a defesa do arguido ora recorrente a propósito daquele “facto novo” em causa, bem como faz improceder a tese de que se constata, *in casu*, uma causa de nulidade do aresto recorrido à luz do art.º 360.º, al. b), do CPP, em virtude de o “facto novo” em questão não se nos afigurar “com relevo para a decisão da causa”, i.e., da decisão da culpabilidade ou não do arguido B pela prática do crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M (cfr. a norma do n.º 1 do art.º 339.º do CPP).

Contra isto não se opor com o argumento de que independentemente do demais, o “facto novo” em causa é “com relevo para a decisão da causa”, não na vertente da culpabilidade ou não do arguido, mas sim a nível da determinação da medida de pena a aplicar ao arguido entretanto julgado condenado, daí que operada que foi pelo Tribunal recorrido a aludida “alteração não substancial dos factos descritos na acusação”, sem

previamente precedida da concessão de um prazo ao arguido seu destinatário para preparar a defesa contra o “facto novo” em questão, há que invalidar ainda o acórdão recorrido, nos termos do art.º 360.º, al. b), do CPP, a fim de ser proferido novo acórdão pela Primeira Instância – necessariamente antecedida da observância rigorosa do preceituado na segunda parte do n.º 1 do art.º 339.º do mesmo CPP – a fim de permitir uma medida da pena a aplicar ao arguido recorrente B, em termos rigorosos e justos, pois um dia de prisão a mais é sempre um dia de prisão a mais para o arguido, se não for devido legalmente à luz da estrita justiça material.

É que, para nós, mesmo a pesar este argumento, ele só tem o significado e alcance de que a consideração do total da quantidade da droga traficada por um agente efectivamente julgado culpado da autoria material na forma consumada de um crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M é sempre útil para efeitos da determinação da pena a aplicar, mas já não tem, conforme com a conclusão acima por nós chegada, a suposta virtude de fazer invalidar o acórdão recorrido com fundamento na alegada nulidade, com efeitos negativos daí advenientes (isto porque na esteira do entendimento vertido no já acima citado aresto deste TSI, de 17/5/2001 do Processo n.º 63/2001, tornada inválida a decisão recorrida, o Tribunal *a quo* terá que repetir o proferimento da mesma, com eventual realização de nova audiência de julgamento, com “re-”produção de toda a prova inclusivamente da prova testemunhal, havendo-a, se desde a data do aresto, declarado inválido pela Instância *ad quem*, até à prolação de nova decisão pelo Tribunal *a quo* se tiver medeado mais do que trinta dias, por aplicação analógica da norma vertida no n.º 6 do art.º 309.º do CPP), com a agravante de que se

esquece de que a medida da pena resulta de uma valoração global e crítica, a ser feita pelo julgador no uso do seu prudente e sensato critério, nomeadamente, de todo um conjunto de circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime verificado, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando nomeadamente os factores exemplificados no n.º 2 do art.º 65.º do CP, pelo que pode sempre acontecer que na nova decisão a proferir pelo Tribunal *a quo*, a pena achada seja mais pesada do que a anterior, sem poder, nessa altura, o arguido visado e então recorrente na lide recursória donde resultou a decisão invalidadora da decisão anterior, invocar o princípio da proibição de *reformatio in pejus* consagrado no art.º 399.º do CPP aplicável apenas à lide recursória anterior, e já não na “instância *a quo*” assim renovada, com a agravante do já diferimento da data de decisão final quanto à medida de pena por ele almejada.

Assim sendo, e por precisa e unicamente concluirmos que não se verifica no caso do recorrente B a invocada nulidade do aresto recorrido com fundamento na alegada alteração não substancial dos factos descritos na acusação, **há que julgar improcedente o recurso nesta questão posta, embora tenhamos que rever a pena a aplicar ao mesmo arguido recorrente, com a necessária desconsideração dos acima aludidos 39,728 gramas**, via de solução jurídica esta que no plano prático falando, curiosamente até é sempre mais favorável para o arguido, que pode beneficiar na presente instância dos efeitos eventualmente a relevar do referido art.º 399.º do CPP relativo ao princípio de *reformatio in pejus*.

7. 4. – E subsidiariamente, da correcção da medida da pena, por inaplicável a agravante qualificativa do art.º 10.º, al. d), do Decreto-Lei n.º 5/91/M:

Do acima concluído no ponto 7. 3., retira-se que há que reponderar sobre a medida da pena a aplicar ao arguido B.

E tendo em conta que a solução a dar a esta questão agora posta por este arguido no tocante à inaplicabilidade da circunstância modificativa geral agravante do art.º 10.º, al. d), do Decreto-Lei n.º 5/91/M, influi na revisão da medida da pena como consequência do acima concluído, urge indagar se o facto de o arguido ser guarda da PSP à data da prática dos factos integra realmente a “circunstância modificativa agravante” prevista na al. d) do art.º 10.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, segundo a qual:

“As penas previstas nos artigos 8.º e 9.º serão aumentadas de um quarto nos seus limites mínimo e máximo se:

- a) ...
- b) ...
- c) ...
- d) O agente for médico, farmacêutico, funcionário ou agente incumbido da prevenção ou repressão dessas infracções;
- e) ...
- f) ...
- g) ...

h)” (com sublinhado nosso.)

Sobre este ponto, o arguido recorrente defende nuclearmente que:

- “só há agravação à conduta do agente quando a infracção estiver relacionada com esse cargo desempenhado pelo agente” (cfr. a pág. 24 da motivação do recurso, a fls. 936 dos autos);
- como era apenas, à data dos factos, um guarda da PSP adstrito na 3.^a Esquadra da PSP, ele se limitava ao mero policiamento de ruas e lugares públicos (cfr. a pág. 23 da motivação do recurso, a fls. 935 dos autos), pelo que não deve suportar aquela agravação da al. d) do art.º 10.º.

Contudo, para nós, é indubitavelmente líquido que ao arguido ora recorrente B, comprovadamente como guarda da PSP à data da prática dos factos ilícitos pelos quais vinha condenado pelo Tribunal recorrido como autor material, na forma consumada, de um crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, é aplicável a circunstância da al. d) do art.º 10.º do mesmo diploma, porquanto era e devia ser considerado como um funcionário ou agente permanentemente – no sentido de mesmo fora das horas do serviço ou no período de tempo em que não se encontrava em exercício formal das funções – incumbido da prevenção ou repressão das infracções dos art.ºs 8.º e 9.º, visto que:

- *a priori*, a própria lei não distingue se o agente referido na al. d) do art.º 10.º deve ser incumbido *especialmente* da prevenção ou repressão das infracções em causa, ou tão só *em geral*, pelo que ao

proceder à interpretação e aplicação desta norma, há que observar o cânone de interpretação da lei de que “quando a lei não distingue, também o intérprete-aplicador não deve distinguir”;

– e sendo um guarda da PSP, o arguido recorrente, à data dos factos em causa nos presentes autos, era considerado um militarizado, nos termos do art.º 2.º do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/94/M, de 30 de Dezembro (doravante abreviado apenas como “Estatuto”), a quem impõe nomeadamente o mesmo Estatuto:

– através do seu art.º 5.º, n.º 3, corpo e al. a), o dever geral de “constituir exemplo de respeito pela legalidade constituída e actuar no sentido de reforçar na comunidade a confiança na acção desenvolvida pela instituição que serve, em especial no que concerne à sua imparcialidade, devendo conduzir-se permanentemente:

a) Pelo cumprimento dos deveres que a lei impõe e prevenir e opor-se rigorosamente a qualquer violação da mesma, empregando toda a sua capacidade” (com sublinhado nosso);

– através do seu art.º 5.º, n.º 4, al. j), conjugado com o subsequente art.º 15.º, o dever geral de disponibilidade que “consiste na prontidão do militarizado para o desempenho das funções que lhe incumbem, a todo o tempo e em quaisquer circunstâncias, ainda que com sacrifício dos seus interesses

personais, tendo sempre em mente que, face à especificidade da missão, se encontra obrigatória e permanentemente de serviço” (cfr. o n.º 1 do art.º 15.º do Estatuto, com sublinhado nosso), sendo certo que no “cumprimento do dever de disponibilidade, o militarizado deve, designadamente: ... Tomar imediatamente todas as providências para evitar a preparação ou consumação de algum crime fora da sua área de responsabilidade ou para descobrir os seus autores, até que o serviço seja assegurado pela autoridade ou agentes competentes” (cfr. a al. b) do n.º 2 do mesmo art.º 15.º do Estatuto, com sublinhado nosso).

Desta sorte, e por força do dever geral de disponibilidade acima descrito e inerente a qualquer militarizado, o arguido ora recorrente, à data da prática dos factos, encontrava-se efectivamente e de modo permanentemente incumbido de “tomar imediatamente todas as providências para evitar a preparação ou consumação de algum crime fora da sua área de responsabilidade ou para descobrir os seus autores, até que o serviço seja assegurado pela autoridade ou agentes competentes”, pelo que ele não pode alegar que como na altura apenas encarregado do mero policiamento de ruas e de lugares públicos, não ficava incumbido da prevenção ou repressão das infracções relativas ao tráfico de droga, previstas nos art.ºs 8.º e 9.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro.

É, pois, de concluir pela aplicação ao arguido B da circunstância modificativa agravante da al. d) do art.º 10.º do mesmo Decreto-Lei n.º 5/91/M, por se encontrar ele efectivamente incumbido da prevenção ou

repressão das infracções dos art.ºs 8.º e 9.º do mesmo diploma, não sendo consequentemente de acolher as considerações tecidas pelo mesmo arguido no ponto 8 da sua motivação do recurso (a fls. 934 a 937 dos autos) que não se acham compatíveis com a observação acabada de exposta acima.

Cumprindo-nos, entretanto, realçar apenas que nem foi violado sequer, ao contrário do que defende o mesmo arguido, o princípio da igualdade entre ele e o arguido D que “também é ou era, à data dos factos, agente da PSP”, visto que a agravação nos termos do art.º 10.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, só se aplica às molduras penais correspondentes aos crimes previstos nos art.ºs 8.º e 9.º do mesmo diploma, e já não a outros tipos legais previstos em outros preceitos incriminadores do mesmo Decreto-Lei, sob pena da violação do rigoroso princípio de que *nulla poena sine lege*, logicamente aplicável também ao caso da agravação da moldura penal de um dado tipo legal de crime sem ser autorizada pela lei expressa:

Ora, o arguido D, como não foi condenado como autor de um crime de tráfico previsto no art.º 8.º, n.º 1, do referido Decreto-Lei, mas sim de um crime do art.º 23.º do mesmo diploma, não pode, na verdade, ver a moldura penal correspondente a este crime seu do art.º 23.º agravada abstractamente nos termos do art.º 10.º, al. d), daí fica demonstrado que **não ocorreu violação do princípio da igualdade entre o arguido B e o arguido D no que toca à aplicação da circunstância modificativa agravante da al. d) do art.º 10.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M.**

Ademais, em plano diferente do arguido B, o arguido D já suportou “as suas consequências agravantes” pelo facto de ser agente da PSP à data dos

factos, dado que foi nomeadamente condenado pelo Tribunal recorrido a pagar à R.A.E.M. a quantia de três mil patacas para reparar o mal do seu crime, tendo em conta exactamente que “era guarda da PSP à data dos factos” (cfr. o antepenúltimo parágrafo do opnto 5 do acórdão recorrido, a fls. 779v dos autos).

Outrossim, o recorrente defende que de acordo com o n.º 2 do art.º 65.º do CP, não devem ser tomadas em consideração, na medida da pena, as circunstâncias que façam parte do tipo de crime, consistindo isto no princípio da proibição da dupla valoração, entendimento este com o qual estamos inteiramente de acordo.

Assim, vamos ver se o Tribunal recorrido chegou a violar alguma vez este princípio ao determinar a pena concreta de 11 anos de prisão nomeadamente imposta ao arguido ora recorrente B, o qual considera que quer a necessidade de prevenção geral associada ao tipo de criminalidade em causa, quer o facto de ele ser agente da PSP foram valorados duplamente.

Bom, o arguido B foi condenado pela autoria material, na forma consumada, de um crime de tráfico p. e p. pelo art.º 8.º, n.º 1, e pelo art.º 10.º, al. d), do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, ao qual corresponde, portanto, uma moldura penal, quanto à pena de prisão, de 10 a 15 anos.

Foi a final punido pelo Tribunal recorrido nomeadamente com 11 anos de prisão, à qual corresponde uma doseimetria equivalente a um quinto da diferença entre o tecto máximo e o limite mínimo da moldura penal aplicável.

E o Tribunal recorrido fundamentou a medida da pena feita através da redacção dos pontos **4** e **5** do acórdão recorrido.

Com efeito, atendendo ao facto de o Tribunal recorrido ter escrito logo no início do ponto **5** do seu aresto que “*O 1.º arguido era guarda da PSP à data dos factos*” (cfr. a pág. 15 do aresto, a fls. 779 dos autos, com estilo em itálico nosso), aliado ao facto de no 6.º parágrafo do ponto **3** do mesmo acórdão ter sido escrito que “*Em relação ao 1.º arguido verifica-se ... a agravação p. e p. pela al. d), dado que o mesmo era guarda da PSP à prática dos factos*” (cfr. a pág. 14 do acórdão, a fls. 778v dos autos, com estilo em itálico nosso), e embora no teor do ponto **4** da mesma peça o mesmo Tribunal tenha indicado a norma constante do corpo do n.º 2 do art.º 65.º do CP, respeitante ao princípio da proibição da dupla valoração em causa, cremos que procede a alegação do ora recorrente B na parte em que considera que o facto de ele ser agente da PSP à data dos factos foi valorado duplamente, pois na verdade, o Tribunal recorrido não devia ter escrito no ponto **5** do seu aresto, respeitante à fundamentação das razões que presidiram à medida da pena, outra vez que o 1.º arguido (B) era guarda da PSP à data dos factos.

A ter feito desta maneira, o Tribunal recorrido deixou realmente lançada uma suspeita fundada por qualquer homem razoável colocado na situação concreta deste arguido que leia o mesmo acórdão, acerca da verificação de uma dupla valoração deste facto na determinação da medida de pena ao mesmo arguido B.

Já quanto ao elemento “necessidade de prevenção geral associada ao tipo de criminalidade em causa”, não cremos que da leitura do texto da

decisão recorrida possa ressaltar uma suspeita fundada da sua dupla valoração, pelo que neste preciso ponto o recurso do arguido já não procede.

Deste modo, **há que julgar parcialmente procedente o recurso do arguido B nesta parte, sendo de proceder à revisão da medida da pena de prisão a aplicar ao arguido B, por esta causa e também na sequência da conclusão por nós chegada no ponto 7. 3. *supra* acerca do alegado “vício de excesso de pronúncia”, nos termos seguintes:**

Considerada a moldura penal aplicável, de 10 a 15 anos de prisão, e mantidas que estão todas as circunstâncias apuradas no acórdão recorrido, excepto a circunstância fáctica de o arguido ser agente da PSP à data dos factos, já levada em consideração na aplicação da agravação prevista na al. d) do art.º 10.º do Decreto-Lei n.º 5/91/M, e desconsiderada também a circunstância fáctica de que 39,728 gramas líquidos da marijuana encontrada na posse do arguido A quando este foi interceptado pela Polícia Judiciária em 27 de Abril de 2000, pelas 19H50, perto do MacDonald, o que faz com que haja que considerar, para os efeitos a relevar do art.º 65.º, n.º 2, al. a), do CP, que o arguido B só tenha traficado apenas 123,035 gramas de marijuana (resultante da soma de 3,312 gramas de marijuana encontrada na posse do arguido A quando interceptado perto do MacDonald, com outros 111,297 gramas de marijuana encontrada aquando da busca da residência do mesmo A, e com outros 8,426 gramas de marijuana traficada aos arguidos F e G), **é de passar a impor ao arguido B, por nos se afigurar justa, a pena de 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de prisão.**

E por força do art.º 393.º, n.º 3, do CPP, temos que proceder à revisão também da pena de multa aplicada ao mesmo arguido B, em cumulação à pena de prisão, nos termos do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, visto que apesar de este recorrente não se ter insurgido contra a pena de multa a ele imposta, a procedência do recurso dele no que toca à medida da pena de prisão nos implica o dever de retirarmos daí as consequências necessárias relatiamente a toda a decisão recorrida respeitante a ele, impostas, *in casu*, por motivo de “justiça relativa” entre a pena de prisão e a pena de multa.

Ora, dentro da moldura penal da multa de 6250 a 875000 patacas, aplicável por força do art.º 8.º, n.º 1, e do art.º 10.º, al. d), do Decreto-Lei n.º 5/91/M, e consideradas igualmente todas as circunstâncias acima aludidas em relação ao arguido recorrente, entendemos por adequada uma pena de 12 000 patacas de multa, convertível equitativamente em 80 (oitenta) dias de prisão, caso não paga nem substituída por trabalho (nos termos do art.º 47.º, n.º 1, do CP, e do art.º 6.º, al. a), do Decreto-Lei n.º 58/95/M, de 14 de Novembro).

Em conclusão, é de julgar parcialmente procedente o recurso do arguido B, embora com fundamentos algo diversos dos alegados pelo mesmo na motivação do recurso.

8. Conhecidos que estão os dois recursos acima, **é de se ocupar, agora finalmente:**

Do recurso do arguido A:

Este arguido não se conforma unicamente, tal como observámos acima,

com a medida da pena de prisão a ele aplicada, opinando essencialmente que o Tribunal recorrido, ao lhe decretar a pena de 3 anos e 9 meses de prisão pela autoria material de um crime p. e p. pelo art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, e pelos art.ºs 66.º, n.º 2, al. f), e 67.º do CP, violou o art.º 65.º, n.ºs 1 e 2 do CP, bem como interpretou erroneamente o disposto no art.º 66.º, n.º 2, al. f), do mesmo CP, ao ter considerado que a atenuação especial da pena estava no âmbito do poder discricionário do julgador.

Ora, começando pelo fim, temos que afirmar que a questão de saber se a atenuação especial da pena está ou não dentro do âmbito do poder discricionário do julgador já se encontra “ultrapassada”, porquanto o Tribunal recorrido já procedeu à atenuação especial da pena a favor do próprio arguido A, atenta a circunstância prevista na al. f) do n.º 2 do art.º 66.º do CP, pelo que não faz sentido apurar aqui se a Primeira Instância deveria ter feito isto automaticamente do tipo *ope lege* como defende agora o arguido.

Posto isto, e pese embora o facto de os três arguidos ora recorrentes terem sido a final condenados pelo Tribunal recorrido não pela co-autoria material como vinham acusados pelo Ministério Público, mas sim cada um deles pela autoria material de um crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, o certo é que também se nos afigura ter violado efectivamente o Tribunal recorrido o disposto no art.º 65.º, n.ºs 1 e 2, do CP, ao não ter considerado nomeada e devidamente os necessários ditames da justiça relativa entre a pena concreta achada para o arguido A e a pena de prisão para o arguido B, ambos julgados num mesmo processo penal por um mesmo Colégio de Juízes.

É que:

- com a decisão, feita pelo Tribunal recorrido, de atenuação especial da pena do arguido A ao abrigo do disposto no art.º 66.º, n.ºs 1 e 2, al. f), do CP, a moldura inicial da pena de prisão aplicável ao crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, já passou de 8 a 12 anos de prisão, para a moldura (especialmente atenuada) de 1 ano, 7 meses e 6 dias a 8 anos de prisão, por força do art.º 67.º, n.º 1, al. a) e b), primeira parte, do CP;
- assim, se perante a matéria de facto então fixada, optou o Tribunal recorrido por punir o arguido B com a pena de prisão de 11 anos de prisão, correspondente, sem mais nem menos, a um quinto da diferença entre o limite máximo e o mínimo da moldura penal ao mesmo aplicável (de 10 a 15 anos de prisão, resultante da agravação da moldura penal inicial de 8 a 12 anos de prisão nos termos do art.º 10.º, al. d), do Decreto-Lei n.º 5/91/M), a dosemetria da pena de prisão encontrada para o arguido A, quanto muito, não deveria ter sido mais do que a achada para o arguido B em nome da justiça relativa, tendo presente que o tipo de droga traficada por ambos é o mesmo (a marijuana) e a quantidade total de marijuana traficada por cada um deles também é quase a mesma (154,337 gramas pelo arguido A e 162.763 gramas pelo arguido B) e que designadamente não houve confissão dos factos por este, em comparação com a confissão dos factos pelo arguido A, isto tudo como tal provado no acórdão recorrido, e a despeito de ambos os arguidos não terem sido condenados a título de

co-autoria do crime do tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M;

- com efeito, ante todas as circunstâncias *entretanto* apuradas e descritas na matéria de facto fixada no acórdão recorrido, excepta obviamente a consideração da menoridade do arguido A aquando da prática do crime de tráfico em causa, o Tribunal recorrido não deveria ter graduado a pena de prisão deste arguido sensivelmente a um terço da diferença entre o limite máximo de 8 anos e o mínimo de 1 ano, 7 meses e 6 dias, através da imposição de uma pena de 3 anos e 9 meses de prisão.

Nesta medida, **procede o recurso do arguido A neste preciso ponto atinente à violação pelo Tribunal recorrido do art.º 65.º, n.ºs 1 e 2, do CP, devendo ser revogada a pena de 3 anos e 9 meses de prisão aplicada pela Primeira Instância, e, em sua substituição, encontrada uma nova pena de prisão** cuja medida tem que ser pautada em geral pelos critérios dos art.ºs 64.º, 65.º e 40.º do CP, e, em especial, em função das exigências da prevenção criminal especial e geral em causa, estas sempre limitadas pelo grau da culpa do agente.

São, portanto, elevadas as exigências da prevenção geral do crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, cujo cometimento, tal como se observou *supra* no ponto **6. 4.**, põe já em perigo abstracto ou presumido para o bem jurídico que se pretende proteger com a sua incriminação, qual seja, “a saúde pública, na dupla vertente física e moral”, no sentido de que para a consumação do crime, não se exige a existência de um

dano real e efectivo, mas sim basta a simples criação de perigo ou risco de dano para o bem protegido (cfr. o já acima citado douto Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de Portugal, de 20 de Março de 2002, proferido no Recurso n.º 13074/2001 (3.ª Secção), aqui tido somente como doutrina), embora se mostrem com menor intensidade as necessidades da prevenção especial no caso, por o arguido beneficiar efectivamente de algumas circunstâncias pessoais que o ajude a reintegrar-se na sociedade sem cometer novo delito (o que é demonstrado pela assunção de uma postura algo positiva durante o período de liberdade provisória de que chegou a desfrutar (i.e., mediante o trabalho efectivo na Direcção dos Serviços de Turismo de Macau e o prosseguimento de estudos escolares no “Canadian College of Macau” – cfr. a documentação junta a fls. 854 a 867).

Nesta esteira, e ponderadas crítica e globalmente as circunstâncias apuradas no acórdão recorrido, com pertinência para o disposto no art.º 65.º, n.º 2, do CP (excepto a ligada à menoridade do arguido já levada em conta na atenuação especial da pena abstracta aplicável), e considerada, em especial, para efeitos da al. a) do mesmo n.º 2 do art.º 65.º do CP, a quantidade significativa da “Canabis” (vulgo marijuana) pelo mesmo traficada, não obstante a natureza mais leve ou menos dura da marijuana, em relação às drogas clássicas mais duras como a cocaína e heroína (cfr. os critérios de distribuição de drogas controladas pelo Decreto-Lei n.º 5/91/M, pelas diversas tabelas anexas ao mesmo, definidos pelos art.ºs 2.º, n.º 1, e 3.º, n.º 2, do mesmo diploma legal), **entendemos por adequado e justo aplicar ao arguido A a pena de prisão de 2 (dois) anos e 10 (dez) meses de prisão.**

Quanto à pena cumulativa de multa de 5000 (cinco mil) patacas,

convertível em 33 dias de prisão caso não paga nem substituída por trabalho, como tal aplicada pelo Tribunal recorrido, embora a sua revisão em abstracto seja imposta por comando do art.º 393.º, n.º 3, do CPP, afigura-se-nos que a mesma deva ser mantida, por ser equilibrada e justa mesmo à luz das considerações acima feitas a propósito da nova medida da pena de prisão.

Por fim, resta considerar a hipótese da pretendida suspensão da execução desta pena novamente achada de 2 anos e 10 meses de prisão (tido presente também o disposto no art.º 7.º, al. c), do Decreto-Lei n.º 58/95/M, de 14 de Novembro).

Ora, o art.º 48.º do CP reza, no seu n.º 1, que:

“O tribunal pode suspender a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a 3 anos se, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.”

No caso concreto do recorrente A, afigura-se-nos que independentemente do demais, não seja de lançar mão ao instituto da suspensão da execução da pena de prisão, visto que atenta mormente a quantidade significativa da “marijuana” por ele traficada (num peso total líquido de 154,337 gramas, resultante da soma de 39,728 gramas com 3,312 gramas e com 111,297 gramas), a despeito de se tratar de uma droga dita mais leve do que a cocaína e a heroína, e presentes as elevadas exigências de prevenção geral do crime de tráfico já acima referidas, não podemos concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma

adequada e suficiente a finalidade da punição a nível da prevenção geral do crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, isto, aliás, na linha da jurisprudência, mais ou menos consistente, dos tribunais de Macau. Nesta perspectiva, improcede o recurso do arguido.

Em suma, é de julgar parcialmente procedente o recurso do arguido A, nos termos acima vistos.

9. Por fim, e antes de terminar, cabe notar que a revisão da medida da pena acima procedida por procedência parcial dos recursos dos arguidos B e A não pode aproveitar ao arguido também recorrente C, porquanto estes três arguidos não foram acusados a título de comparticipação (nem assim foram a final condenados), por um lado, e, por outro lado, o dever legal do Tribunal *ad quem* imposto pelo art.º 393.º, n.º 3, do CPP, devidamente em confronto com o disposto no art.º 392.º, n.º 2, al. a), do mesmo CPP, só incide, *in casu*, sobre toda a decisão recorrida por cada um dos arguidos em causa e como tal respeitante a cada um deles, individualmente.

IV. DISPOSITIVO

Em face de todo o acima exposto, **acordam:**

1. Proceder officiosamente, ao abrigo do art.º 361.º, n.º 1, al. b), e n.º 2, do CPP, à rectificação dos seguintes dois erros de escrita mais salientes do texto do acórdão recorrido:

- onde se lê “C²” ou “C¹” se deve ler correctamente como “C³” ou “C”;
- e onde se lê “Tabela I-A” se deve ler correctamente como “Tabela II-A”.

2. Julgar improcedente o recurso do arguido C, com a consequente manutenção de todo o julgado já feito pela Primeira Instância em relação a ele.

3. Julgar parcialmente procedente o recurso do arguido B, ainda que com fundamentação algo diversa da alegada, e, por conseguinte, passar a impor-lhe a pena de 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de prisão e a multa de 12 000 (doze mil) patacas, convertível equitativamente em 80 (oitenta) dias de prisão, caso não paga nem substituída por trabalho, pela autoria material, na forma consumada, de um crime de tráfico previsto pelo art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, com ambas as penas cumulativas aplicáveis agravadas nos termos do art.º 10.º, al. g), do mesmo diploma, mantendo-se inalterado a restante decisão recorrida a ele respeitante.

4. Julgar parcialmente procedente o recurso do arguido A, e, em consequência, revogar a pena de três (3) anos e nove (9) meses de prisão inicialmente a ele aplicada pelo Tribunal recorrido, e, em sua substituição, passar a impor-lhe a pena efectiva de dois (2) anos e dez (10) meses de prisão, pela autoria material, na forma consumada, de um crime de tráfico do art.º 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 5/91/M, de 28 de Janeiro, com a pena aplicável especialmente atenuada nos termos dos art.ºs 66.º, n.ºs 1 e 2, al. f), e 67.º, n.º 1, al. a) e b), do Código Penal de Macau, mantendo-se inalterado o restante julgado a ele já feito pela Primeira Instância, inclusivamente a pena de 5000 (cinco mil) patacas, convertível em 33 dias de prisão.

Custas pelo decaimento dos recursos solidariamente pelos três recorrentes, com 2 UC, 7 UC e 8 UC de taxas de justiça fixadas individual e respectivamente para A, B e C (art.ºs 69.º, n.º 1, e 72.º, n.º 1, do Regime das Custas nos Tribunais).

Notificações e comunicações necessárias.

Macau, 20 de Junho de 2002.

(Com a certificação de elaboração e revisão integral pelo relator do presente texto processado através de computador, para os efeitos do art.º 84.º, n.º 2, do CPP.)

Chan Kuong Seng (Relator por vencimento)

Lai Kin Hong

Choi Mou Pan – com voto vencido

Declaração de voto

Vencido nos seguintes termos, nomeadamente respeitante à decisão dos recursos dos arguidos B e C.

1. Da decisão do recurso do arguido B

O arguido arguiu a nulidade da sentença por ter condenar o arguido pelos factos não descritos na acusação nos termos do artigo 360º do Código de Processo Penal.

Prevê o artigo 360º al. b) que:

“É nula a sentença:

a)...

b) Que condenar por factos não descritos na pronúncia ou, se a não tiver havido, na acusação ou acusações, fora dos casos e das condições previstas nos artigos 339º e 340º.”

Para o recorrente B, o Acórdão condenou o mesmo pelos factos não

constantes da acusação, quando o Tribunal, ao provar os factos constantes da acusação que “[d]a marijuana acima mencionada, a que pesava 39,728 gramas fora adquirida pelo arguido A junto de indivíduo desconhecido e a contida nos cigarros artesanais obtivera-a o mesmo arguido por lhe ter sido entregue pelo arguido B, toda para ser destinada à venda a terceiros”, consignou, dando como provado, que “[d]a marijuana acima mencionada, a que pesava 39,728 gramas e a contida nos cigarros artesanais fora entregue pelo arguido B ao arguido A para ser destinada à venda a terceiros”.

Com esta consignação do “novo facto”, resultou prejudicado para o arguido B, pelo menos, na medida de pena, por não ter sido lhe garantido o direito de defesa nos termos do artigo 339º do Código de Processo Penal. Assim, a sentença incorreu na nulidade nos termos do artigo 360º al. b) da mesma lei adjectiva.

Tem razão o recorrente.

O artigo 360º comina a nulidade à sentença que condena o arguido pelo factos não descritos da acusação (ou da pronúncia), fora dos caso e condições previstas nos artigos 339º e 340º do Código de Processo Penal. Que isto dizer, quando se encontrarem os casos ou condições previstas nestes dois artigos – alteração não substancial ou alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia – e não forem cumpridas as formalidades aí previstas, não tendo sido justificar ou suprir as irregularidade, nomeadamente, garantir o direito de defesa do arguido, verifica-se a situação de nulidade prevista no citado artigo 360º al. b).

Dos autos, não seria difícil de verificar que o Tribunal deu como provado facto novo da acusação no sentido de, em vez de dar provado o facto que o arguido A ter adquirido marijuana junto de indivíduo desconhecido, dar como provado que o arguido A ter adquirido marijuana junto do arguido B.

O arguido B respondeu pelo crime de tráfico de estupefaciente e, sem estar provado este “novo facto”, o mesmo poderia ser condenado pela prática do crime acusado, por ter traficado mais outras substâncias estupefacientes. Mas com este “novo facto” provado, o arguido sofreria com certeza uma pena mais grave, dentro da moldura legal de pena, tendo em conta a quantidade de estupefaciente traficado.

Isto embora não se importe uma alteração substancial dos factos descritos na acusação, não deixa de ser relevo para a decisão da causa.

Em princípio, tem relevância para a decisão da causa, quando se verifica, como opina António Duarte Soares, também citado pelo do Digno Procurador-Adjunto no seu douto parecer, “influência na dosimetria da pena ou no agravamento dos limites mínimos das sanções aplicáveis, ou embora sem qualquer influência a esse nível, ser sempre perturbadoras da estratégia de defesa inicialmente assumida”.¹

Apesar de que com essa alteração do facto, só aumentou de um terço da quantidade de marijuana por ele (B) traficada ao co-arguido A, não seria lícito

¹ Neste sentido também no Ac. Deste TSI de 13 de Dezembro de 2001 do Processo nº 213/2001 e de 30 de Janeiro de 2002 do Processo nº 131/2001.

afirmar que a alteração não teve influência na medida de pena concreta. O que está em causa não é a importância do aumento, mais ou menos, do *quantum* da pena, mas sim um arguido nunca pode ser condenado mais um dia do que ele devia sofrer.

Neste caso, em princípio, é admissível que o Tribunal, logo verificar a sua existência, consignar na matéria de facto para ser objecto de julgamento, com a observância das formalidades previstas na lei adjectiva no sentido de conceder ao arguido prazo para o efeito da preparação da defesa – artigo 339º do Código de Processo Penal.

Sem ter cumprido tal formalidade, conforme as actas da audiência constantes dos autos, fls. 759 a 768, fls. 770 a 771, fls. 782 a 784, cai no caso previsto no artigo 360º al. b) do Código de Processo Penal – **fora dos casos e condições previstas nos artigos 339º e 340º** - a sentença é nula. Devendo assim o Tribunal *a quo* voltar a consignar a matéria de facto nomeadamente nesta parte, com a observância das formalidades legalmente impostas.

Mesmo assim não se entenda, encontra-se também outra situação prevista no artigo 360º al. b) do CPP: na acusação foi descrito apenas que o arguido B era funcionário público, por sua vez o Acórdão recorrido veio consignar, para a matéria de facto, que “o 1º arguido era guarda da PSP e ...”.

Se o Tribunal só desse como provado o que articulara na acusação – “o arguido era um funcionário público” -, não seria suficiente para a matéria de facto ser levada à aplicação do artigo 10º do D.L. nº 5/91/M, que exige que o agente

seja, entre outros, “funcionário ou agente incumbido da prevenção ou repressão dessa infracções”. Como é óbvio, um funcionário público que não está incumbido do dever especial de prevenção ou repressão das infracções previstas e punidas na lei da droga.

Assim sendo, a alteração desta parte de facto importa uma condenação pelo crime de “tráfico qualificado”, pela alteração substancial do limite máximo da moldura de pena, de 12 anos de prisão para 15 anos de prisão.

Eis um caso da alteração substancial dos factos - artigo 1º al. e) do Código de Processo Penal -, e, conforme todas as actas constantes dos autos, não tendo sido observada a disposição do artigo 340º nº 1 ou 2, esse facto não poderia ser consignado para a matéria de facto provado, sob pena de incorrer em nulidade previsto no artigo 360º al. b) do Código de Processo Penal.

Vem tempestivamente impugnar esta parte de decisão da agravante qualificativa, embora com outro fundamento jurídico, sendo assim lícito para este Tribunal de Recurso conhecê-la, a sentença deve ser considerada nula, devendo o Tribunal *a quo* consignar novamente esta parte dos factos, com a observância das formalidades exigidas no artigo 340º do Código de Processo Penal.²

2. Da decisão do recurso do arguido C

No recurso interposto pelo arguido C, impugnou o Acórdão,

² No recente acórdão de 60/2002, embora não seja objecto do recurso, referiu-se que a consignação, dessa maneira, dos factos acarreta uma alteração não substancial. No fundo devia ser alteração substancial dos factos.

essencialmente, por não ter apurado a quantidade das substâncias de MDMA contidas nos comprimidos apreendidos nos autos. O que importa a insuficiência da matéria de facto para a decisão de direito.

Na idêntica questão, já tomamos decisões, nos recentes acórdãos proferidos nos processos n.ºs 41/2002 e 26/2002, ambos de 9 de Maio de 2002,³ no sentido de considerar haver insuficiência da matéria de facto provada quando não se apura a quantidade líquida das substâncias contidas nos comprimidos.

Afigura-se-nos de manter o decidido também para o presente recurso interposto pelo arguido C. Assim nos termos do princípio de economia processual, limito-me a remeter o que foi decidido naqueles dois acórdãos para os efeitos da presente declaração de voto.

Deve, assim, considerar insuficiente a matéria de facto provada, para a decisão na parte respeitante às substâncias de MDMA contidas nos comprimidos apreendidos nos autos, o que acarreta a anulação do julgamento e reenvio do processo para novo julgamento no sentido de apurar a quantidade, em peso líquido, de tais substâncias contidas nos comprimidos, e, dando, assim provimento ao recurso do arguido C.

3. Das observações preliminares

Não sendo embora decisão do objecto dos recursos, o acórdão teceu em

³ E no mesmo sentido o recente Acórdão do Tribunal de Última Instância de 30 de Maio de 2002 no processo n.º 7/2002.

tese geral, entre outras, a questão de (não) conhecimento oficioso dos vícios previstos no artigo 400º nº 2 do Código de Processo Penal. Não subscrevo esta parte, por um lado, porque a opinião nela contida é contra a posição que tenho tomado em outros acórdãos em que participei ou que relatei; por outro lado, não cabe a pronunciar de forma desenvolvida sobre a mesma por não se tratar da decisão do objecto do recurso, nem do fundamento essencial da decisão do recurso, mas sim uma mera exposição jurídica, já que o recorrente C arguiu precisamente a nulidade previsto no artigo 400º nº 2 al. a) do Código de Processo Penal.

Macau, 20 de Junho de 2002

Choi Mou Pan